

JOÃO LEITE DE ARRUDA ALENCAR

**O DIREITO À IGUALDADE, À LIBERDADE E À PROTEÇÃO DIANTE DA
ATUAL CONJUNTURA SOCIAL E ECONÔMICA : O ESTUDO DE CASOS
SOBRE A INEFICÁCIA SOCIAL DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA**

Dissertação Final como exigência para a
obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Doutor Andreas Krell.

MACEIÓ

2002

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, pelos exemplos de perseverança, amor, honestidade e respeito ao próximo que me transmitiram.

À minha esposa Dulciane e aos meus filhos, pela compreensão das horas de ausência.

AGRADECIMENTOS

Desde o início deste trabalho pude contar com a colaboração de muitos amigos e professores, razão por que cumpro agora, humildemente, o meu dever de registrar estes agradecimentos sinceros.

Ao meu orientador, Dr. Andreas Krell, minha gratidão pelo estímulo e ensinamentos recebidos.

SINOPSE DA DISSERTAÇÃO

O direito, como instrumento de regulação social, atua em todas as áreas da atividade humana, inclusive na atividade econômica. Ocorre que, em razão de determinadas situações, o direito tende a tutelar direitos visando um maior equilíbrio nas relações jurídicas ocorridas naquela atividade. Entretanto, é imprescindível que o legislador observe as condições sociais e econômicas dos agentes envolvidos na referidas relações, sob pena de afrontar o direito à igualdade (que tem como premissa básica o tratamento igualitário aos iguais e desigual aos desiguais) e à liberdade (política, econômica e social, dependendo da matéria a ser legislada).

Com o avanço da ideologia neoliberal, a exclusão social ampliou-se, criando para a ordem vigente dificuldades na regulação harmoniosa de todas as relações sociais. Diante dessa distância entre o direito e a realidade social, tem-se reconhecido a existência de uma crise do direito, abrangendo não apenas o modelo legalista idealizado desde o liberalismo clássico, mas os paradigmas teóricos que norteiam toda a atividade jurídica.

Falar em crise do direito, porém, é tratar a questão de forma insuficiente, eis que o Estado também encontra-se em crise de governabilidade, a qual tem como fatores relevantes a ineficiência da representatividade política no regime democrático, aliada à influência perversa da ideologia neo-liberal sobre as instituições democráticas e sobre o modo de produção capitalista. Nesse contexto, torna-se necessária um redimensionamento da função estatal, bem como uma mudança profunda no sistema democrático existente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
------------------------	-----------

CAPÍTULO 1

ASPECTOS HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS SOBRE A IGUALDADE

1. 1. A igualdade na Idade Antiga	14
--	-----------

1. 2. A igualdade na Idade Moderna	16
---	-----------

CAPÍTULO 2

A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

2. 1. A evolução da igualdade no constitucionalismo moderno	20
--	-----------

2. 2. Igualdade perante a lei e igualdade na lei.....	26
--	-----------

2. 3. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade	28
--	-----------

2. 4. Igualdade de direito e igualdade de fato.....	30
--	-----------

2. 5. A correlação entre igualdade e Justiça.....	32
--	-----------

CAPÍTULO 3

O DIREITO À LIBERDADE COMO UM IDEAL HUMANO

3. 1. A evolução histórica do direito à liberdade	35
--	-----------

3. 2. A liberdade em suas mais significativas formas.....	39
--	-----------

3. 3. Do liberalismo ético ao liberalismo econômico : a privação de capacidades básicas.....	44
---	-----------

CAPÍTULO 4

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À PROTEÇÃO

- 4. 1. O direito à proteção como direito vinculado ao Estado Social..... 49**
- 4. 2. A proteção dos direitos fundamentais sociais..... 51**

CAPÍTULO 5

A ORDEM JURÍDICA E A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA – SITUAÇÕES CONCRETAS SOBRE A AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DA ORDEM ECONÔMICA

- 5. 1. O necessário exame de situações concretas para o a fixação do equilíbrio na correlação entre os princípios norteadores da ordem econômica 56**
- 5. 2. A injusta uniformidade de tratamento dada ao empregador como uma das causas da economia informal..... 57**
 - 5. 2. 1. Aspectos da legislação comparada incidente sobre as relações de trabalho nas pequenas empresas..... 61**
 - 5. 2. 2. A legislação brasileira incidente sobre as relações de trabalho nas pequenas empresas..... 65**
- 5. 3. A ineficácia social do direito sobre uma realidade sindical 67**
 - 5. 3. 1. Aspectos que influenciam na formação da consciência de classe no meio rural..... 75**
 - 5. 3. 2. O papel do Estado na formação da consciência sindical ..77**

CAPÍTULO 6

A CRISE DO ESTADO E DO DIREITO COMO FATORES QUE CONTRIBUEM PARA A INEFICÁCIA SOCIAL DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

- 6. 1. A crise do Estado..... 83**

6. 1. 1. O problema da representatividade política no regime democrático.....	85
6. 1. 2. A questão da soberania estatal diante do processo de globalização econômica	89
6. 1. 3. O modo de produção capitalista e a ideologia neoliberal excludente	95
6. 2. A crise do Direito	112
CONCLUSÃO.....	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	125

INTRODUÇÃO

Uma das características mais marcantes do Homem é a propensão a viver em sociedade. Por isso é notório o conhecimento de que o homem é um ser social. Não obstante essa tendência à sociabilidade, o homem não se afasta por completo da sua individualidade, o que fica demonstrado quando busca prevalecer seus interesses, agindo às vezes com egoísmo e ambição. Este paradoxo existente entre tais características humanas torna inexoráveis os conflitos de interesses entre os homens, nas relações inter-humanas decorrentes do viver em sociedade.

O Direito surge, assim, como uma das formas de solução desses conflitos, procurando regular essas relações, estabelecendo normas de conduta retiradas dos padrões adotados pela sociedade.

Dentre as atividades humanas cuja regulação é necessária pelo Estado, destaca-se a atividade econômica, no bojo da qual diversos são os conflitos de interesses que surgem nas múltiplas relações jurídicas ali produzidas.

Dessa forma, a intervenção do Estado na ordem econômica faz-se necessária, não só para a regulação dos conflitos de interesses surgidos nas diversas relações jurídicas decorrentes da atividade econômica, mas, também, para propiciar um maior equilíbrio entre os agentes desta atividade.

Estabelece o *caput* do art. 170 da Constituição Federal que a aplicação dos princípios instituídos para a ordem econômica teria, como finalidade precípua, o alcance da Justiça Social, dentro de um modelo econômico onde haja um equilíbrio entre a valorização do trabalho humano e o respeito à livre iniciativa. Tais pressupostos indicam a prevalência de dois princípios, quais sejam: o da proteção e o da liberdade. Mas este último, nunca se apresenta de forma isolada, porém umbilicalmente vinculado ao princípio da igualdade, como se lados opostos de uma mesma moeda fossem.

É a justiça social, à luz da norma constitucional supramencionada, a finalidade precípua da ordem econômica brasileira. O termo social, entenda-se, mais do que significar a superação das injustiças na repartição do ganho econômico, representa,

também, a imposição constitucional da correção das injustiças nessa mesma repartição. Nesse sentido, é oportuna a exposição que faz João Maurício Adeodato sobre o tema, baseando-se no pensamento do jusfilósofo Nicolai Hartmann, o qual concebe a Justiça em dois planos, quais sejam, a justiça moral(individual) e a justiça jurídica(social), como se observa abaixo:

“[...] Mas o sentido platônico não é abandonado, vez que Hartmann bifurca o conceito de justiça, como dito, em justiça moral (individual) e justiça jurídica (social). Moralmente, a justiça consiste em uma disposição interna do homem para realizar valores autênticos, ou seja, é vista como uma síntese da correta percepção do mundo axiológico. Nesse sentido, o conceito de justiça refere-se a uma situação ideal em que os valores são percebidos independentemente do problema de sua realizabilidade, de condicionamentos sociais ou quaisquer outros...

Enquanto a justiça moral une abstratamente os indivíduos em suas relações, a justiça social confere à determinada situação real o caráter de **bem** jurídico. O direito positivo realiza a justiça na medida em que corresponde à intuição dos valores levada a efeito pela comunidade como um todo, configurando o que Hartmann denominou direito(espírito) objetivo. Tal correspondência é feita através da institucionalização de bens jurídicos, isto é, de situação(hipóteses) e de alternativas de comportamento consideradas justas(prestações). A expressão **bem jurídico** em Hartmann tem sentido diferente daquele elaborado pela dogmática civilista, significando qualquer conduta juridicamente protegida. Nesse sentido jurídico, a justiça não é mais valor moral mas sim **valor situacional** “¹(destaques do autor).

Visto, pois, o que se poderia conceber como Justiça Social, segundo o pensamento jusfilosófico acima transcrito, pode-se concluir que o seu alcance dependeria

¹ Adeodato, João Maurício. *Filosofia do direito : uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 133-134.

da efetivação dos valores preponderantes na sociedade e estabelecidos através dos princípios constitucionais instituídos, dentre os quais destacam-se os princípios da liberdade e da igualdade, que vinculam e servem de norte para a aplicação dos pressupostos estabelecidos na ordem econômica, e, conseqüentemente, para a realização das políticas econômicas necessárias à materialização da Justiça Social.

Os princípios fundamentais da constituição econômica têm variado no tempo e no espaço, ou seja, de acordo com a orientação política e ideológica adotada. Assim, tais princípios não são os mesmos no Estado liberal, no Estado social e no Estado socialista, por exemplo, para não falar no Estado totalitário fascista. Aliás, entre dois ou mais Estados tipificados, especificamente, em uma das modalidades referidas, é possível encontrar inúmeras diferenças em relação aos princípios constitucionais estabelecidos para a ordem econômica.

No que diz respeito ao texto constitucional de 1988, em especial ao disposto no seu art. 170, observa Raul Machado Horta que houve uma verdadeira mistura de liberalismo, intervencionismo e dirigismo econômico nas formulações dos princípios ali elencados, eis que no enunciado constitucional sob comento, estabeleceram-se princípios – valores: Soberania nacional, Propriedade privada, Livre concorrência; princípios que se confundem com intenções: Reduções de desigualdades regionais e sociais, Busca do pleno emprego, Tratamento favorecido a empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, Função social da propriedade; e princípios de ação política: Defesa do consumidor e Defesa do meio ambiente. Tamanho ecletismo reflete as correntes que foram defendidas na Assembléia Nacional Constituinte, fazendo com que fosse imprimida no texto da Constituição uma concepção heteróclita da Ordem Econômica².

Em verdade, vamos encontrar nos princípios da atividade econômica, estabelecidos no art. 170 da Constituição Federal de 1988, diretrizes protetoras de direitos coletivos e difusos dirigidas aos diversos agentes da atividade econômica, sendo que a

² Raul Machado Horta *apud* Dantas, Ivo. *Direito Constitucional Econômico. Globalização & Constitucionalismo*. Curitiba : Juruá, 1999, p. 66.

aplicação dessas diretrizes, e dos direitos ali estabelecidos, não pode ser feita sem que se observe, em relação a esses agentes envolvidos, um tratamento isonômico àqueles que estão num mesmo nível econômico, tratando-se, em contrapartida, de forma diferenciada aqueles agentes localizados em níveis distintos. Estes tratamentos têm respaldo não apenas no princípio da isonomia, mas também, no princípio da liberdade, em seu aspecto real e não formal. Esta incidência dos princípios da igualdade e da liberdade provoca uma correlação de forças com o princípio da proteção dos direitos contidos nas diretrizes constitucionais, em especial, naquelas estabelecidas no art. 170 da Carta de 1988.

Contudo, ao regular algumas dessas relações jurídicas e buscar a proteção de direitos individuais, coletivos e difusos que estão consagrados na ordem econômica constitucional, conforme os princípios elencados no art. 170 da nossa Carta Magna de 1988, o Estado desconsidera a situação de vários dos agentes envolvidos nessas relações, seja quando quer estabelecer normas de solução de conflitos, seja quando estabelece normas protetoras dos direitos ali envolvidos.

Entendemos, pois, que quando se está regulando determinada relação jurídica, não se pode olvidar certas condições peculiares aos agentes que sofrerão, efetivamente, os efeitos dessa regulação, sob pena de gerar-se uma situação de injustiça, decorrente de um excesso na aplicação do princípio da proteção de determinado direito, em detrimento de uma brusca redução na observância aos princípios da igualdade e da liberdade.

O desequilíbrio na correlação entre os supramencionados princípios decorre, pois, da desconsideração, pelo legislador, de certas desigualdades materiais promovidas por vários fatores que serão examinados, e que, por sua vez, denotam a existência de uma crise do direito, derivada da crise do próprio Estado Democrático, diante da impossibilidade de solução dos conflitos através dos paradigmas legal e jurídico existentes, tornando sem eficácia social a ordem econômica.³ Nesta perspectiva, podemos ilustrar a legislação

³ Para evitar maiores dúvidas, a eficácia que se está analisando no presente trabalho está vinculada à efetividade da norma e não aos seus efeitos jurídicos. Com esse propósito, transcrevemos brilhante assertiva sobre a distinção entre a eficácia jurídica e eficácia social, feita por Luís Roberto Barroso: “Atente-se bem: a

trabalhista que muito pouca diferenciação dá no tratamento aos empregadores de menor e de maior porte econômico, mormente no que diz respeito às normas que impõem encargos de natureza econômico-financeira. Da mesma forma, veremos a ineficácia de normas laborais sobre determinado contexto sindical, demonstrando a total incompatibilidade desses dispositivos com a realidade ali vivenciada.

O relato desse quadro justifica, portanto, a escolha do tema para a nossa dissertação acadêmica. Buscaremos, pois, a análise, não apenas dos fatores que ensejam as desigualdades materiais que devem ser observadas na aplicação dos retro mencionados princípios, como também, dos fatores que levam à ineficácia da ordem econômica. Para tanto, a partir da análise de situações jurídicas que denotam essa ineficácia, verificaremos a impropriedade existente na correlação de forças entre o princípio da proteção dos direitos contidos nas diretrizes da ordem econômica constitucional e os princípios da liberdade e da igualdade.

eficácia refere-se à aptidão, à idoneidade do ato para a produção de seus efeitos. Não se insere no seu âmbito constatar se tais efeitos realmente se produzem. É nesse plano da realidade, esse quarto plano, situado fora da teoria convencional, que se vai encontrar a *efetividade* ou eficácia social da norma. Diz ele respeito, como assinala Miguel Reale, ao cumprimento efetivo do direito por parte de uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ (*Anerkennung*) do direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Cuida-se, aqui, da concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos. A noção de efetividade, ou seja, dessa específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo o ‘fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social’ (Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição : fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3^a ed., São Paulo : Saraiva, 1999, p. 236 – destaques do autor).

CAPÍTULO 1. ASPECTOS HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS SOBRE A IGUALDADE

1. 1. A igualdade na Idade Antiga

Emana do princípio da igualdade, ensina Paulo Bonavides, “uma certa medida essencial de valor com substrato impossível de se conter em dimensão unicamente jurídica”.⁴ Com efeito, sua condição, antes de tudo, de um ideal ou valor, fez com que fosse tema de numerosas discussões e equívocos no plano filosófico, pelo que, como adverte o mestre cearense, necessário torna-se a sua compreensão como valor que o Direito elegeu para o desenvolvimento da sociedade, sob a inspiração dos anseios de justiça e segurança social.⁵

Não obstante a igualdade, como ideal, já surgiu em Solón (c.640 – c. 560 A. C.), ganhando relevo na teoria dos pitagóricos que entendiam a Justiça como um número par, isto é, composto por parte iguais, coube a Platão a condição de um dos primeiros filósofos a dar um tratamento essencial sobre a igualdade.⁶ Nesse sentido, proclamou o famoso filósofo a desigualdade natural dos seres humanos, na crença de que uns haviam nascido para comandar e outros para obedecer, tendo este pensamento servido de base para toda a especulação política subsequente, no que foi acompanhado, posteriormente, por Aristóteles. Para Paulo Bonavides, “a raiz disso tudo estava na discriminação orgulhosa com que o grego se presumia superior ao bárbaro, o senhor ao escravo, o nobre ao plebeu, convicções expressivas de uma desigualdade natural convertida em desigualdade social. A antiguidade clássica viveu em larga parte à sombra dessa crença, só abalada posteriormente com os estóicos e os cristãos”.⁷

⁴ Bonavides, Paulo. *A constituição aberta*. 2^a ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 1996, p. 112.

⁵ Bonavides, Paulo. *Idem*, p. 113.

⁶ Albuquerque, Martim de. *Da igualdade – introdução à jurisprudência*. Coimbra : Livraria Almedina, 1993, p. 12.

⁷ Bonavides, Paulo. *Op. cit.*, p. 113.

De fato, como demonstra Martim de Albuquerque, “coube a Cícero e aos estóicos, à maneira de Séneca, superarem este inegalitarismo de base. Não há na natureza – declara Cícero no *De Legibus* – igualdade tão completa como a existente entre os homens (...). E Séneca proclama que o escravo é da mesma natureza que o seu amo. Todos têm a mesma origem e o mesmo princípio(...)”⁸. No que diz respeito aos filósofos cristãos, o jusfilósofo português os coloca, também, como críticos severos do pensamento aristotélico, consoante se observa no comentário abaixo:

“Para os Santos Padres, a escravatura e o poder político não são instituições de direito natural, mas simples conseqüências da queda e do pecado, para punição dos homens. Assim o entenderam Santo Agostinho, Santo Ambrósio e Santo Isidoro de Sevilha. Se admitem a escravatura e o governo político como instituições legais, não aceitam que, por isso, haja uma desigualdade natural humana. Ordenam aos servos e aos súditos que obedeçam, mas impõem aos senhores e aos governantes o dever de tratar os subordinados com humanidade. E lembram-lhes que por vezes o melhor não é superior, mas o inferior”⁹.

A despeito da afirmação de desigualdade natural feita por Aristóteles, e da admissão da escravatura, conclui o mestre português que o Mundo Antigo deixou para a humanidade, como parte do seu patrimônio moral e intelectual, no que diz respeito à igualdade, um legado que se traduz nas proposições seguintes:

- a) todos os homens são naturalmente iguais;
- b) a igualdade é essência da Justiça;
- c) a igualdade pressupõe a comparação e não tem sentido entre coisas não comparáveis;
- d) a igualdade obriga a tratar igualmente o igual, e desigualmente o desigual;

⁸ Albuquerque, Martim de. *Da igualdade – introdução à jurisprudência*. Coimbra : Livraria Almedina, 1993, p. 15.

⁹ Albuquerque, Martim de. *Idem.*, pp. 16-17.

- e) a igualdade é a base da democracia;
- f) a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo (e devendo) em certos casos ser geométrica;
- g) a igualdade contém uma componente de adequação às situações e aos fins;
- h) a igualdade implica a participação das oportunidades”¹⁰.

1. 2. A igualdade na Idade Moderna

É na Idade Moderna, entretanto, que se presencia a inteira e consciente ruptura das teses aristotélicas e platônicas, primeiramente com a intervenção de Hobbes, ao defender a existência da igualdade natural entre os homens, ao contrário da desigualdade natural pregada pelos filósofos gregos. Para Hobbes, contudo, é legítima a desigualdade instituída pela lei civil, por via do contrato existente na sociedade, como instrumento necessário à conservação da paz e da segurança. Para este filósofo, isto seria o preço pago pelo Homem ao Estado, em face de sua natureza beligerante, em sacrifício da sua liberdade geradora de conflitos, e em troca da certeza de uma convivência pacífica e sob o manto da autoridade.¹¹

A igualdade civil só é alcançada através de Rousseau, que numa análise reflexiva sobre as desigualdades provenientes da lei e do direito instituído na sociedade, buscou uma nova concepção que eliminasse esse desequilíbrio. Com este propósito, Rousseau procura estabelecer uma profunda distinção entre o homem no estado de natureza e o homem no estado civil, como se vê nas assertivas lançadas em seu famoso discurso, consoante o trecho que transcrevemos abaixo:

“Descobrimo e acompanhando assim as trilhas esquecidas e perdidas que devem ter levado o homem do estado natural ao estado civil, restabelecendo, com as posições intermediárias que acabo de assinalar, aquelas que o tempo

¹⁰ Albuquerque, Martim de. Op. cit., pp. 15-16.

¹¹ Bonavides, Paulo. Op. cit., p. 114.

premente me fez suprimir, ou que a imaginação não me sugeriu, todo leitor atento não deixaria de impressionar-se com o espaço imenso que separa esses dois estados. É nessa lenta sucessão das coisas que verá a solução de uma infinidade de problemas morais e políticos que os filósofos não podem resolver. Perceberá que, não sendo o gênero humano de uma época o gênero humano de outra época, é por essa razão que Diógenes não encontrava um homem, porque procurava entre seus contemporâneos o homem de um tempo que já não existia. Catão, dirá ele, pereceu com Roma e com a liberdade porque estava deslocado em seu século, e o maior dos homens apenas surpreendeu o mundo que teria governado quinhentos anos antes. Em suma, explicará como a alma e as paixões humanas, alterando-se insensivelmente, mudam, por assim dizer, de natureza; por que nossas necessidades e nossos prazeres mudam de objetos com o passar do tempo; por que, esvaindo-se gradualmente o homem natural, a sociedade já não oferece aos olhos do sábio senão uma reunião de homens artificiais e de paixões factícias que são obra de todas essas novas relações e não tem nenhum fundamento real na natureza.”¹²

Sobre esta concepção de igualdade civil atribuída a Rousseau, oportunas são as lições dadas por Paulo Bonavides nas linhas seguintes:

“A igualdade foi posta politicamente como um esquema para transcender ou dirimir o conflito e a contradição entre a liberdade e o poder, entre governados e governantes, entre o homem e o Estado, entre a maioria e minoria. Buscando-se a igualdade, buscava-se a unanimidade. Rousseau julgou encontrá-la na igualdade jurídica dos cidadãos.

Essa igualdade poderia ser estabelecida, segundo o filósofo, no estado de sociedade, onde imperavam desigualdades provenientes unicamente do

¹² Rousseau, Jean Jacques. *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens*, Trad. Maria Ermantina Galvão. Cron. e introd. Jacques Roger. 2ª ed., São Paulo : Martins Fontes, 1999, pp. 240-241.

artifício das instituições, da injustiça da lei civil, que desconhecia ou menosprezara a liberdade natural do homem.

A tese básica do Contrato Social é a discussão desse problema, tanto quanto a do célebre Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Mas a discussão somente naquele traz a receita para emancipar seres humanos que, tendo nascido livres, eram vistos pelo filósofo, por toda parte, carregados de ferros. A retomada da liberdade, Rousseau a propõe mediante o chamado contrato social, tese predileta do direito natural racionalista”¹³.

Conclui Paulo Bonavides que, para Rousseau, com a retomada da liberdade dos escravos, igualando-os juridicamente a todos os cidadãos, teriam eles os mesmos interesses, circunstância esta que eliminaria as desigualdades de fato e, por conseqüência, a unanimidade.¹⁴ Lembra, contudo, o ilustre jurista, que ainda que estabelecida a igualdade preconizada por Rousseau, não deixaria de existir uma minoria, a qual, apesar de reconhecida pelo filósofo, era por ele desprezada no sentido de que a maioria não a oprimiria. De fato, a igualdade absoluta buscada por Rousseau mostrou-se utópica, principalmente com as desigualdades materiais geradas pela chamada Revolução Industrial, face a introdução da máquina e do conseqüente surto do capitalismo.¹⁵ Nesse contexto, surge uma nova concepção da igualdade, desta vez com ênfase na eliminação das desigualdades materiais, econômicas e sociais, tendo como seu fundador Karl Marx, como explica Paulo Bonavides no transcrito abaixo:

“O suposto socialismo científico de Marx pretende chegar à igualdade material, única, segundo ele, apta a tornar possível a verdadeira igualdade jurídica, pondo termo, assim, às desigualdades oriundas da sociedade de classes. Enquanto houvesse classes sociais, haveria desigualdade. E as classes jamais se extinguiriam na Sociedade se os meios de produção não passassem da apropriação individual para a apropriação social. Quando,

¹³ Bonavides, Paulo. Op. cit., p. 115.

¹⁴ Bonavides, Paulo. Idem, p. 115.

¹⁵ Bonavides, Paulo. Idem, p. 116.

porém, se efetivasse essa passagem crucial, já não haveria necessidade do Estado, órgão mantenedor e perpetuador da diferenciação de classes. Lograr-se-ia, dessa maneira, a homogeneidade social, o fim da distinção entre governantes e governados, maiorias e minorias – em suma, a unanimidade, a igualdade, em termos absolutos”.¹⁶

Embora a concepção marxista seja tida por muitos como uma utopia, considerando-se, não apenas a impossibilidade do alcance de uma igualdade absoluta no âmbito material, mas até o fracasso da experiência comunista na URSS, não se pode deixar de reconhecer o papel que tanto a concepção formulada por Rousseau quanto a própria teoria preconizada por Marx desempenharam no reconhecimento da igualdade como um dos princípios pilares da estrutura do Estado, juntamente com o princípio da liberdade, primeiramente no Estado Liberal, e, posteriormente, no Estado Social.¹⁷

Para Bonavides¹⁸, entretanto, a institucionalização da igualdade, tanto no Estado Liberal como no Estado Social, com variantes expressivas e longe das hipóteses de Rousseau e Marx, foi relativa no sentido de nunca ter havido uma procura ambiciosa para a realização desse valor, em termos absolutos, na realidade positiva, na concreção dos ordenamentos jurídicos. Por esse motivo, distingue o insigne jurista a igualdade teórica da igualdade fática, já que esta última, por ser realizada de forma relativa, nunca alcançou, com a mesma força, a função limitativa do poder do Estado que se atribui à igualdade teórica, embora esta não tenha deixado de constituir-se sempre num valor ou fonte ideal de inspiração para a justiça e a liberdade.

¹⁶ Bonavides, Paulo. Op. cit., p. 116.

¹⁷ Bonavides, Paulo. Idem., pp. 116-117.

¹⁸ Bonavides, Paulo. Idem., p. 117.

CAPÍTULO 2 . A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

2. 1. Evolução da igualdade no constitucionalismo moderno

No constitucionalismo moderno, mais precisamente na era das grandes revoluções liberais, a noção de igualdade apareceu ao lado da de liberdade, como princípio estruturante da ordem jurídica, recebendo formulação concreta em termo jurídico-político na *Virginia Bill of Rights*, de 12 de junho de 1776¹⁹. Com efeito, estabelecia esse citado ordenamento que “todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais ao entrarem em sociedade não podem por qualquer forma, privar ou desinvestir a sua posterioridade.”²⁰

Cita Martim de Albuquerque outra constituição americana, a Constituição do Estado da Carolina do Norte, como mais uma norma de base instituidora do princípio da igualdade, ao negar-se “a qualquer homem ou grupo de homens direito a privilégio distintos ou exclusivos, embora se abra ressalva ‘em consideração de serviços feitos ao público’”.²¹ (destaque do autor).

Bem mais longe, declara o mestre lusitano, foi a Constituição do Estado de Massachussetts de 1780, ao estabelecer que os homens nascem livres e iguais, prescrevendo direitos naturais essenciais e inalienáveis, dentre esses, o direito de gozar a vida e a liberdade e de defendê-las; após estes, o direito à propriedade, de segurança e felicidade, havendo igualmente deveres em decorrência destes direitos, de forma que ao direito de igualdade corresponde um dever ou obrigação de igualdade.²² Como a Constituição Americana de 1787, por sua vez, limitou-se apenas a abolir os títulos de nobreza, conclui-se

¹⁹ Belmonte, Cláudio Petrini. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 36, nº 144, pp. 157-175, out./dez. 1999, p. 159.

²⁰ Albuquerque, Martim de. *Da igualdade – introdução à jurisprudência*. Coimbra : Livraria Almedina, 1993, p. 46.

²¹ Albuquerque, Martim de. Idem. p. 46.

²² Albuquerque, Martim de. Idem, pp. 46-47.

que, de fato, as constituições estaduais já citadas atuaram como pedras complementares no espírito daquela carta política.²³

Procurando sistematizar o quanto foi produzido pelas constituições americanas, no que diz respeito ao princípio da igualdade, Martim de Albuquerque selecionou os seguintes pontos principais: “a) os homens nascem livres e iguais; b) não existem privilégios distintos ou exclusivos, salvo em consideração dos serviços feitos ao público; c) não são admitidas diferenciações nobiliárquicas; d) ao direito de igualdade corresponde um dever ou obrigação de igualdade”.²⁴

As diretrizes aqui citadas e instituídas pelas constituições americanas influenciaram de forma contundente a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e a própria Constituição Francesa de 1791, bem como os demais diplomas constitucionais franceses editados posteriormente, conforme demonstra Martim de Albuquerque nas linhas abaixo:

“Recapitulando quanto tem sido dito, podemos traçar uma linha evolutiva que decorre das constituições americanas (Estados Unidos, Carolina do Norte, Massachussets) e se prolonga pelas várias declarações de direito e constituições francesas do século XVIII e do primeiro quartel do século XIX. Segundo essa linha, a igualdade traduz-se, sucessivamente, na proibição de distinções (constituição dos Estados Unidos), abolição de privilégios (constituição da Carolina do Norte), e na afirmação e igualdade original ou de nascimento (constituição do Massachussets). O tema da igualdade move-se, então, no quadro dos direitos naturais, essenciais e imprescritíveis e anda intimamente unido à problemática dos direitos à liberdade, de propriedade e de segurança. A igualdade não se esgota no conceito de direito, porquanto abarca também o campo dos deveres e obrigações.

²³ Albuquerque, Martim de. Op. cit., pp. 45-46.

²⁴ Albuquerque, Martim de. Idem, p. 47.

As várias declarações e constituições francesas, embora com maior ou menor desenvolvimento, acentuação ou ênfase neste ou naquele ponto, um ou outro desvio, ou com deslocação da sede inicial – a dos direitos naturais e inalienáveis – para outras(inclusive do direito público), reeditam essencialmente os princípios contidos nos textos fundamentais americanos. Entre os aspectos mais frisantes sublinhados nos diplomas franceses assinala-se a igualdade de acesso ao emprego (primeiramente a igualdade de acesso aos cargos públicos, depois a qualquer tipo de trabalho), o *ius perigrinandi*, a liberdade (de culto, de expressão e de opinião, a igualdade fiscal e penal...), o direito de petição – o que tudo aparece já na Constituição de 1791.”²⁵

As Constituições americanas e francesa, bem como a Declaração de Direitos do Homem, foram produzidas numa época em que a igualdade era vista, juntamente com o princípio da liberdade, como um dos elementos componentes da idéia de justiça, considerada esta um dos direitos naturais do homem. Surgia, assim, o Estado Liberal que buscava valorizar os fins individuais, tendo estes dois conceitos básicos – liberdade e igualdade – a atuar como parâmetro de limitação do ordenamento estatal. Entretanto, assegura Paulo Bonavides, ao invés de buscar um equilíbrio na manipulação dos citados conceitos, o Estado Liberal acabou por sacrificar o princípio da igualdade, em sua compreensão absoluta.²⁶

Este sacrifício da igualdade implicava, principalmente no campo político, a aplicação do pensamento aristotélico, eis que a ideologia liberal entendia legítimas e essenciais as distinções que faziam heterogênea a Sociedade, pela educação, renda, patrimônio, capacidade intelectual, aptidão de seus membros. Era a consagração equivocada, para o campo político, da igualdade geométrica pregada por Aristóteles, pela qual importava tratar os iguais de modo igual e desigualmente, os desiguais.

O pior é que no Estado liberal o princípio da igualdade vinculava a administração e a justiça, mas não o legislador, inexistindo remédio e nem tampouco

²⁵ Albuquerque, Martin. Op. cit., p. 54.

²⁶ Bonavides, Paulo. Idem., pp. 117-118.

salvaguarda eficaz contra a lei injusta que afrontasse esse princípio. É o que verificamos nos comentários abaixo de Paulo Bonavides:

“É óbvio que numa ordem jurídica onde não constasse do direito positivo a garantia institucional de que o princípio de igualdade restringe a ação do Estado, essa ação poder-se-ia tornar arbitrária, materializada no conteúdo substância das leis. Ficaria, assim, o cidadão, privado de proteção judiciária contra o arbítrio que porventura se insinuasse na Sociedade pelas dobras da própria lei, mediante uma vontade formalmente intangível do legislador. Desvinculado o autor da norma de todo o controle que o sobredito princípio deve exercitar legitimamente – em nome da justiça, de que é valor e parte constitutiva – sobre o conteúdo dos textos normativos, correríamos sempre o risco material de ter leis arbitrárias.

O princípio da igualdade perante a Lei no Estado liberal foi juridicamente um conceito deveras limitado, demasiado formal – haja vista a igualdade jurídica na esfera do direito privado em relação a certos institutos -, de pouco alcance para a prevenção eficaz do arbítrio, eventualmente alojado no corpo da lei.”²⁷

Se no Estado liberal dominava a nota do formalismo igualitário, com a passagem para o Estado Social a igualdade passou a ser tratada de outra forma, sofrendo uma variação interpretativa substancial, visível principalmente nas Constituições de Weimar e Bonn. Com efeito, no campo político o Estado social descartou a tese aristotélica da igualdade geométrica-proporcional, adotando a igualdade plena e, portanto, o conceito da igualdade lógico-aritmética, nivelando politicamente todo valor participativo na formação da vontade do Estado. Assim, assevera Bonavides que “o Estado social da democracia absoluta ou da democracia de massas consagrou, por inteiro, essa forma aritmética de igualdade política”.²⁸

²⁷ Bonavides, Paulo. Ob. cit., p. 121.

²⁸ Bonavides, Paulo. Idem, p. 122.

No plano jurídico, a nova versão interpretativa vinculou o princípio da igualdade também ao legislador, “vedando-lhe elaborar leis em que o essencialmente igual fosse tratado de modo desigual e o essencialmente desigual, de maneira igual.”²⁹ Observamos, então, que na esfera jurídica o princípio da igualdade passou a ser um limite considerável à atuação do Estado legiferante, em busca, pois, de uma igualdade justa, resultante do reconhecimento de que, nessa esfera, a igualdade estará sempre acompanhada da desigualdade. Dessa forma, conclui Bonavides, “quando transita da área política para a área econômica com uma série de desigualdades sociais e materiais, o Estado social se desfaz do conceito da igualdade lógico-aritmética para abraçar-se ao critério geométrico-proporcional, pois ele é o agente mais ativo e poderoso da promoção igualitarista na Sociedade.”³⁰

Os efeitos das diretrizes e princípios adotados no Estado social refletiram a partir da Constituição Brasileira de 1934, destacando-se, em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, o aspecto social, o que demonstra a presença e influência marcante da Constituição de Weimar. Aliás, tais influências vão continuar orientando o rumo do constitucionalismo brasileiro, inclusive na elaboração da Constituição de 1988, como explica Bonavides nos comentários seguintes:

“Em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. Mas o homem – pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com o Estado, cujo modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do século XIX, refratária a toda

²⁹ Bonavides, Paulo. Op. cit., p. 125.

³⁰ Bonavides, Paulo. Idem, p. 123.

intervenção e militância na esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações de capital com o trabalho”.³¹

Vê-se, portanto, à luz dos relatos acima, que a Constituição de 1988 é, em muitas das suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado social, pelo que os conflitos nas relações de poderes e exercício de direitos subjetivos devem ter como norte, nas suas análises e soluções, os conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento.³²

Em percurciente observação, Carmén Lúcia³³ aponta que o princípio da igualdade, pela primeira vez na história constitucional brasileira, está inserido no Preâmbulo de uma Carta Magna, como, de fato, ocorre na Constituição Federal promulgada em 1988. Isto não é por nada mais, nada menos do que por sua condição de direito fundamental do Estado, porquanto é “centro medular do Estado social e de todos os direitos de ordem jurídica”³⁴, justificada essa assertiva pelo fato de que “materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção e estrutura do Estado democrático contemporâneo”.³⁵

E foi através do princípio da igualdade que os direitos sociais fundamentais alcançaram a posição de preeminência contemporânea que ostentam na ordem constitucional do Estado. Essa importância do princípio da igualdade é bem ressaltada por Bonavides, como se observa nas lições abaixo:

“Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado. Tem tamanha

³¹ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10^a ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000, p. 333.

³² Bonavides, Paulo. *Idem.*, p. 336.

³³ Rocha, Carmén Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte : Lê S/A, 1990, p. 67. Deixa claro a ilustre constitucionaliza que a inserção do princípio isonômico no Preâmbulo atesta a sua importância, por considerar que esta parte do texto constitucional, embora não se revista de uma “concretude necessária a fazer os seus dizeres dotados de aplicabilidade imediata ou com força coercitiva eficaz”, entende, no entanto, que “Esta declaração preliminar fixa o continente sistêmico e expõe a origem do exercício do Poder e as intenções da elaboração normativa constitucional”.

³⁴ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10^a ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000, pp. 340-341.

³⁵ Bonavides, Paulo. *Idem.*, p. 341.

força na doutrina constitucional vigente que vincula o legislador, tanto o que faz a lei ordinária nos Estados-membros e na órbita federal como aquele que no círculo das autonomias estaduais emenda a Constituição ou formula o próprio estatuto básico da unidade federada. Na presente fase da doutrina, já não se trata em rigor, como assinalou Leibholz, de uma igualdade ‘perante’ a lei, mas de uma igualdade ‘feita’ pela lei, uma igualdade ‘através’ da lei”.³⁶ (destaques do autor).

Ora, vemos nas lições acima que a igualdade estabelecida, tanto no Preâmbulo constitucional quanto no *caput* do art. 5º do mesmo diploma, não seria uma igualdade meramente formal, mas também substancial, tema este que será objeto de análise no item seguinte, quando serão abordadas as duas dimensões da igualdade jurídica : a igualdade perante a lei e a igualdade na lei.

2. 2. Igualdade perante a lei e igualdade na lei.

A igualdade diante da lei, como bem demonstra Souto Maior Borges, “nada mais significa senão a simples conformidade da conduta normada (isto é, a conduta concretamente efetivada) à norma de conduta, em todas as situações que lhe forem subsumidas. É em suma igualdade diante do ato de aplicação do direito.”³⁷ Para o mestre pernambucano, essa igualdade apenas postula que a aplicação da lei corresponda sempre à sua incidência, nada prescrevendo sobre a igualdade como conteúdo da lei aplicada.³⁸

Mas não é apenas nessa dimensão que deve ser observado o princípio da igualdade a que se refere o art. 5º da C.F./88. Porque se o assim o fosse, o texto do *caput* findaria após o termo *perante a lei*. Mas o texto continua com o termo *sem distinção de qualquer natureza*, dirigido ao legislador porquanto diz respeito ao conteúdo da legislação, ou seja, ao próprio âmbito material de validade da norma. Nesse caso, tem-se a igualdade

³⁶ Bonavides, Paulo. Op. cit., p. 341.

³⁷ Borges, José Souto Maior. Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. V. 2, nº 3, pp. 311-324, Recife, jan./mar. 1997, p. 316-317.

³⁸ Borges, José Souto Maior. Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. V. 2, nº 3, pp. 311-324, Recife, jan./mar. 1997, p. 317.

na lei, qualificada por Souto Maior como “igualdade material, somente existe quando a lei prescreve um tratamento igualitário. Será a igualdade, em tais condições, ‘matéria’ do ato legislativo.”³⁹ (grifo do autor).

Por sua vez, defende Bandeira de Mello que “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos.”⁴⁰ Entretanto, não se pode olvidar das desigualdades de índole econômica, social, cultural e de saúde existentes entre os indivíduos na sociedade contemporânea. Dessa forma, como bem sustenta Cláudio Petrini⁴¹, a criação de norma que não observa tais desigualdades poderá, efetiva e faticamente, estar desrespeitando o princípio da igualdade. Aliás, importante é a lição dada por Kelsen sobre a igualdade, nesse aspecto, como segue abaixo:

“A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres”.⁴²

No exame desse tema, Bandeira de Mello, após oferecer exemplos de lei que apresenta tratamento discriminatório em afronta ao princípio da igualdade e de lei discriminatória mas cujo tratamento de desigualdade não fere o aludido princípio, expõe as indagações que devem nortear a busca do verdadeiro alcance da igualdade, quais sejam: “quando é vedado à lei estabelecer discriminações ? Ou seja: quais os limites que adversam

³⁹ Borges, José Souto Maior. Op. cit., p. 317.

⁴⁰ Mello, Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 1999, p. 10.

⁴¹ Belmonte, Cláudio Petrini. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 36, nº 144, pp. 157-175, out./dez. 1999, p. 160.

⁴² Kelsen apud Mello, Bandeira de. Op. cit., p. 11.

este exercício normal, inerente à função legal de discriminar ?”⁴³ Nas respostas a estas indagações, buscou o insigne jurista encontrar os critérios que devem ser utilizados na identificação do desrespeito ao princípio da isonomia, como elementos integrantes do seu conteúdo. É o que veremos no item seguinte.

2. 3. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade

Como já visto anteriormente, tem a doutrina posicionado-se no sentido de que o princípio da igualdade não é absoluto, mas proporcional, em alguns casos, à diferença encontrada nos seres humanos. Assim, é possível que, em alguns casos, sejam estabelecidas diferentes aplicações de uma regra para diferentes pessoas, sem que isso enseje qualquer desrespeito à regra da igualdade. Nesse prisma, Bandeira de Mello⁴⁴ aponta três critérios que identificam a existência, ou não, do desrespeito à regra isonômica, quais sejam:

- 1) o correto estabelecimento do critério discriminatório;
- 2) a correlação lógica entre o critério discriminador escolhido e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- 3) que este discrimen se encontre de conformidade com o ordenamento jurídico posto.

É imprescindível, ainda, como relata o autor, que estes três fatores sejam encontrados conjuntamente para que o fator de discriminação seja aceito como não violador do princípio da igualdade.⁴⁵

Concluindo suas reflexões sobre a forma de atuação do primeiro critério, define Bandeira de Mello que as normas gerais e abstratas, individuais e futuras, bem como as normas concretas gerais e normas concretas individuais futuras, não ferem, via de regra, a igualdade. Logo, são exceções cabíveis à regra. No entanto, as normas individuais presentes, ou seja, as que estabelecem um traço que determina no presente e, de forma

⁴³ Mello, Bandeira de. Op. cit., p. 13.

⁴⁴ Mello, Bandeira de. Idem, p. 21.

⁴⁵ Mello, Bandeira de. Idem, p. 22.

definitiva (única), o sujeito acolhido pelo tratamento jurídico diversificado, são consideradas como contrárias ao princípio da igualdade.

Quanto à inadmissibilidade da escolha de fatores externos às situações e pessoas que recebem o tratamento legal, importante é a lição que Bandeira de Mello oferece nas linhas abaixo:

“Em suma: é simplesmente ilógico, irracional, buscar em um elemento estranho a uma dada situação, alheio a ela, o fato de sua peculiarização. Se os fatores externos à sua fisionomia são diversos (quais os vários instantes temporais) então, percebe-se a todas as luzes, que eles é que se distinguem e não as situações propriamente ditas. Ora, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais.”⁴⁶

Com relação ao segundo critério adotado por Bandeira de Mello para estabelecer-se exceções ao princípio da igualdade, qual seja, a correlação lógica entre o critério discriminador e a disparidade estabelecida pelo tratamento jurídico diversificado, defende o autor a necessária presença de um nexos lógico entre o fator de discriminação e o tratamento jurídico determinado em função da desigualdade afirmada. Noutras palavras, como ensina o ilustre jurista, “a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo.”⁴⁷

Bandeira de Mello⁴⁸ faz, contudo, importante observação quanto ao exame do critério, qual seja: a correlação lógica não é absoluta, pois depende das concepções da época, isto é, dos fatores históricos e culturais, oferecendo, como exemplo, o tratamento diferenciado dado às mulheres em determinado momento histórico, no que diz respeito ao

⁴⁶ Mello, Bandeira de. Op. cit., p. 35.

⁴⁷ Mello, Bandeira de. Idem, p. 39.

⁴⁸ Mello, Bandeira de. Idem, p. 39.

acesso a certas funções públicas. Logo, tais fatores são de suma importância para se apurar com precisão este critério.

O terceiro parâmetro apontado por Bandeira de Mello diz respeito à conformidade que deve ser encontrada entre o fator discriminativo e o ordenamento jurídico, isto é, “que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos”⁴⁹, de forma que a diferenciação de tratamento jurídico esteja “fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.”⁵⁰

Depreende-se, pois, em relação a este último critério, que não será qualquer diferença, mesmo que explicável e lógica, que poderá servir de base para um tratamento legal diferenciado, salvo se for importante em função de conter valores de alta relevância constitucional e, portanto, de interesse público.

De tudo o idealizado por Bandeira de Mello, em relação ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade, será objeto de questionamento posterior a afirmativa de que as normas gerais e abstratas não afrontam o princípio isonômico, em razão do conteúdo do seu próprio enunciado. Com efeito, se a norma, embora revestida dessas características, atua sobre determinada categoria de pessoas sem a observância de diferenças relevantes para o seu efetivo cumprimento, não há como se afastar a contrariedade àquele princípio, gerando-se, como consequência, situações de plena injustiça.

2. 4. Igualdade de direito e igualdade de fato

Na tentativa de buscar uma análise plena da regra máxima da igualdade, segundo a qual deve se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, Robert Alexy tenta estabelecer premissas derivativas da correlação entre as normas de igualdade de tratamento e desigualdade, definindo que “la asimetria entre la norma de igualdad de tratamiento y desigualdad de tratamiento tiene como consecuencia que la máxima general de igualdad puede ser interpretada en el sentido de un *principio de igualdad* que, *prima*

⁴⁹ Mello, Bandeira de. Op. cit., p. 41.

⁵⁰ Mello, Bandeira de. Idem., p. 41

facie, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas.”⁵¹

Saindo, entretanto, do plano relativo a quando deve ser considerada a obrigatoriedade, a permissão e a proibição de tratamento igual ou desigual, para o âmbito da essência destes, ou seja, o que é tratamento igual e desigual, Robert Alexy defende que ambos devem ser vistos sob dois ângulos básicos: a igualdade de direito e a igualdade de fato. A igualdade de direito refere-se à forma da atuação estatal, donde se extrai a igualdade de direito e a desigualdade de direito, dependendo da maneira como age o Estado. Na verdade, este aspecto já foi objeto de análise no item anterior.

Com relação à igualdade de fato, decorre esta, na lição correta do referido jurista alemão, das conseqüências práticas da ação estatal, donde se pode extrair a igualdade de fato e a desigualdade de fato. Embora seja tratada como conseqüência de um ato estatal, a igualdade de fato pode servir de norte para o estabelecimento de uma igualdade de direito ou desigualdade de direito, como defende Robert Alexy nas assertivas abaixo:

“El segundo paso consiste en que en el modelo de solución el principio de la igualdad de hecho se hace valer en aplicación de ambas normas dentro del marco del concepto de razón suficiente. Puede ser tanto una razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual como una razón suficiente para su imposición. En el primer caso, es la razón para un no-derecho definitivo a un determinado tratamiento de iure igual; en el segundo, es la razón para un derecho definitivo a un determinado tratamiento de iure desigual, que sirve para la creación de una igualdad de hecho. El primer caso nos es bien

⁵¹ Alexy, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Madrid : 1993, p. 398. Na verdade, conclui o autor que em razão das várias relações lógicas que podem ser extraídas das normas de igualdade e desigualdade de tratamento, inúmeras são as premissas que seriam dali retiradas, como se observa no seguinte comentário: “un análisis más profundo de la máxima de igualdad que el que aquí se realizará, hubiera tenido que considerar las relaciones lógicas que entre estas formulaciones, como así también su vinculación con todas las consecuencias jurídicas concebibles de la igualdad...Cualquiera que sea el número de antecedentes que se coloque al comienzo de los análisis, cada uno puede, por lo menos, ser vinculado con cuatro consecuencias jurídicas: permisión de (P -), mandato de (-P-), prohibición de (-P) tratar igual. Mucho de lo que de esta manera se obtiene puede ser eliminado rápidamente. Pero, a menudo, la decisión no es fácil y no pocas veces no es posible percibir, sin más, las relaciones lógicas entre las normas de igualdad formulables. Esta es una explicación de la dificultad del análisis de la máxima de igualdad.”

conocido. El principio de la igualdad de hecho juega en él – a menudo bajo el nombre de ‘principio del Estado Social’ – el papel de una razón de restricción con respecto al derecho general a la igualdad jurídica. El segundo caso es más interesante. En él, el principio de la igualdad de hecho juega el papel de una razón para un derecho a un determinado tratamiento desigual de iure, es decir, aquél que sirve para la creación de una igualdad de hecho. Se fundamenta en él un derecho subjetivo a la creación de una porción de igualdad fáctica.”⁵²

Essa função norteadora da igualdade de fato constitui-se, como bem explica Robert Alexy⁵³, numa restrição à realização do princípio da igualdade jurídica, pelo que a sua aplicabilidade vai depender da ponderação entre este – princípio da igualdade de fato – e vários outros princípios que estão envolvidos na questão a ser legislada, dentre os quais encontram-se o próprio princípio da igualdade jurídica e também o princípio da liberdade de normatização do legislador democraticamente legitimado para esta atividade.

2. 5. A correlação entre igualdade e justiça

Aristóteles compunha a justiça em universal (legal) e particular, subdividindo-se esta última em: justiça distributiva e justiça comutativa. Enquanto a primeira tinha uma base geométrica (a concessão de honras e cargos de acordo com o mérito), a segunda, relativa às transações, era fundamentada na reciprocidade e, portanto, na proporção aritmética.

Para Aristóteles, comenta Plauto Faraco de Azevedo, o justo teria como pressuposto a existência de quatro termos - duas pessoas e duas coisas –, de forma que se as duas pessoas são iguais, devem receber porções iguais das coisas a serem divididas, o mesmo não ocorrendo para pessoas desiguais. Desta forma, em relação à justiça distributiva, era colocado o questionamento acerca de qual o critério a ser adotado para esta segunda situação, concluindo o filósofo grego que o referencial seria o mérito de cada

⁵² Alexy, Robert. Op.cit., pp. 408-409.

⁵³ Alexy, Robert. Idem, p. 409-410.

pessoa.⁵⁴ Nesse aspecto, julgamos oportuna a transcrição dos comentários do próprio Aristóteles sobre o tema:

“[...] Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais). Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas ‘de acordo com o mérito de cada um’, pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição, também o deve ser com o mérito em um certo sentido, embora nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito: os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência.”⁵⁵

Ora, esta justiça distributiva aristotélica encontra sua efetiva aplicação, hodiernamente, como uma exigência necessária e derivada das desigualdades sociais e econômicas existentes, em que não apenas o critério do mérito, mas outros critérios devem ser adotados para uma eficácia social da norma, evitando-se injustiças no tratamento a pessoas e entes em condições desiguais, quando esta desigualdade torna-se relevante para o modo como a norma disporá. Nessa perspectiva, é importante o pensamento de Marcelo Neves acerca da justiça vista como um modelo normativo do tratamento igual/desigual, numa referência não apenas a objetos a distribuir, mas também a situações e pessoas.⁵⁶ Seguem abaixo os comentários do renomado jurista:

“[...] Portanto, nessa perspectiva, a justiça como ‘igualdade complexa’ não se reduz à diversidade dos critérios de distribuição de bens conforme esferas diferenciadas de ‘objetos’, relacionando-se, antes, abrangentemente, à variação do modelo normativo do tratamento igual/desigual nas diversas

⁵⁴ Azevedo, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre : Fabris, 1983, pp. 27-29.

⁵⁵ Aristóteles. *Ética a Nicômaco*, São Paulo : Martim Claret, 2001, pp. 108-109.

⁵⁶ Neves, Marcelo. Justiça e Diferença numa sociedade global complexa. In: Souza, Jessé (org.). *Democracia hoje : novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, pp. 329 – 363, 2001, p. 344.

esferas de ‘comunicação’. Nesse sentido, conforme o jogo de linguagem (discurso) ou, mais amplamente, o sistema social (economia, política, família, educação, ciência, arte, religião etc.), deve variar o modelo do tratamento igual/desigual. Tendo em vista que a complexidade social implica a diferenciação da sociedade em diversas esferas autônomas de comunicação e, correspondentemente, distintos jogos de linguagem, a justiça como igualdade diferencia-se para responder adequadamente a essa complexidade’.⁵⁷

⁵⁷ Neves, Marcelo. Op. cit., p. 344.

CAPÍTULO 3. O DIREITO À LIBERDADE COMO UM IDEAL HUMANO

3. 1. Evolução histórica do direito à liberdade

Ensina Norberto Bobbio que o conceito de liberdade não pode ser visto de forma isolada, eis que sempre haverá a seguinte questão: liberdade em face de quê ? Dessa forma, conclui este pensador que “a história da liberdade procede simultaneamente com a história das privações de liberdade: se não existisse a segunda, tampouco existiria a primeira.”⁵⁸

De fato, aponta Bobbio que a liberdade seria o sentido maior da própria história da humanidade, ou seja, a história seria, na verdade, a história da liberdade. Dessa forma, defende o mestre italiano que “o progresso consistiria num gradual e contínuo processo de libertação, numa aproximação ora mais rápida, ora mais lenta, porém inexorável, à meta mais altamente desejada pelo homem nesta Terra, meta que seria precisamente a liberdade.”⁵⁹

Segundo Bobbio, esta inversão profunda no sentido da história, tendo como motor a filosofia da história alimentada pelas teorias do progresso, nascidas com o iluminismo, derivou de vários fatores históricos: a) da crise da consciência religiosa que ocorreu desde a Reforma até o Iluminismo, e refletiu no século XIX, com o aparecimento de várias filosofias positivistas e científicas; b) do desenvolvimento acelerado da ciência e as aplicações dele decorrentes, possibilitando um certo domínio sobre a natureza; c) da

⁵⁸ Bobbio, Norberto. *Igualdade e Liberdade*, Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4^a ed. Rio de Janeiro : Ediouro, 2000, p. 75.

⁵⁹ Bobbio, Norberto. *Idem.*, p. 73.

formação de uma classe empreendedora, cuja crise dos valores religiosos levou a uma busca na própria utilidade e numa crença científica poderosa que fez expandir as próprias ambições e capacidades.⁶⁰ Diante desse quadro, assevera o autor que houve uma verdadeira subversão dos valores operada pela liberdade, porém em suas múltiplas formas, “como liberdade de professar uma religião segundo os ditames da própria consciência, de expressar livremente as próprias opiniões e de propagá-las através da imprensa, de discordar do governo sem correr o risco de ser posto fora da lei e condenado como rebelde, e, sobretudo, de romper os vínculos morais e jurídicos que obstaculizavam a iniciativa econômica – aparecera como o maior bem a que os homens podiam aspirar nesse mundo.”⁶¹ Ou seja, a liberdade tornou-se “a própria condição do desenvolvimento de todos os outros valores.”⁶²

Para o insigne jurista italiano, a luta pela liberdade realizou-se em três vertentes, como observamos nos comentários abaixo:

“.. a luta pela liberdade foi concebida na seguinte tríplice direção : a) como libertação da superstição religiosa, ou, em geral de todas as formas de dogmatismo das idéias que obstaculizavam o avanço da filosofia esclarecedora e da ciência libertadora, impedindo o livre desenvolvimento das opiniões, a ampliação do saber, o real conhecimento da posição do homem no mundo; b) como libertação dos vínculos de uma estrutura econômica que defende privilégios históricos tornados anacrônicos, freia a iniciativa do capitalismo nascente, a livre expansão de novas camadas dedicadas à produção de novos bens e à conquista de novos mercados, o desenvolvimento das novas forças produtivas; c) como libertação de um sistema político e legislativo concentrado num restrito círculo de dominantes que transmitem poder hereditariamente, um poder incontrolado, arbitrário, despótico, concentrado, diante do qual o indivíduo singular não desfruta de nenhuma garantia contra o abuso do poder. Liberdade de pensamento contra a Igreja e as Igrejas, liberdade de disposição dos bens e liberdade de

⁶⁰ Bobbio, Noberto. *Idem.*, pp. 73-74.

⁶¹ Bobbio, Noberto. *Op. cit.*, p. 74.

⁶² Bobbio, Noberto. *Idem.*, p. 74.

comércio contra o sistema feudal, liberdades civis e liberdade política contra o Estado absoluto; ou, se se prefere, luta contra o despotismo sob a tríplice forma de despotismo sacerdotal, feudal e principesco. A *Encyclopédie* foi o empreendimento intelectual no qual essas liberdades foram reivindicadas e encontraram o terreno propício à sua fecundação; a Revolução Francesa foi o empreendimento político através do qual os frutos da filosofia esclarecedora foram recolhidos e difundidos no mundo.”⁶³

Apesar de considerar o século XIX como o século da liberdade, na realidade Bobbio conclui que esta liberdade era da burguesia contra o feudalismo, ou seja, o liberalismo como “um certo modo de entender e realizar a liberdade, o qual, ao mesmo tempo que rompia cadeias antigas, forjava e reiterava outras, e ainda mais duras e resistentes.”⁶⁴

Comenta ainda Bobbio, que apesar de defenderem posições extremas – defensora do capitalismo moderno (de Smith a Spencer) e crítica a este sistema (Proudhon a Marx) – os pensadores daquela época acreditavam que, sendo o Estado racional em si e para si e, pois, como uma espécie de deus terreno (de Hobbes a Hegel), era mero reflexo da sociedade civil, pelo que uma vez libertada essa sociedade, no nível das suas estruturas sociais, a potência do Estado ficaria debilitada até a sua extinção. Na verdade, “apesar da diferente imagem que tinham da sociedade futura, apologetas e críticos tiveram em comum a idéia de que, na passagem inevitável das sociedades arcaicas para as sociedades industriais, o poder político perderia, mais cedo ou mais tarde, grande parte de sua função, até chegar ao total desaparecimento.”⁶⁵

Infelizmente, a história, como a única detentora da verdade, demonstrou que ambas as correntes pós capitalismo moderno e contra a sociedade civil (burguesa) estavam equivocadas. Com efeito, explica Bobbio que “com o crescimento da sociedade capitalista e do âmbito mundial de sua expansão, o poder político – o Estado potência – não apenas não

⁶³ Bobbio, Noberto. Op. cit., pp. 78-79.

⁶⁴ Bobbio, Noberto. Idem., p. 81.

⁶⁵ Bobbio, Noberto. Idem., p. 83.

diminuiu, mas se ampliou enormemente; e, onde o desenvolvimento foi ameaçado ou obstaculizado, ele não hesitou em assumir a forma das mais impiedosas ditaduras.”⁶⁶

Já nos Estados onde ocorreram as primeiras revoluções comunistas, “o chamado Estado de transição – que deveria preparar o caminho para a sociedade sem Estado, para a dissolução do Estado na sociedade civil – transformou-se num novo Leviatã.”⁶⁷ Neste segundo aspecto, Bobbio aponta os Estados totalitários nascidos no século XX, através dos regimes fascista e stalinista, nos quais o totalitarismo representou uma nova versão do despotismo, de alcance maior, pois abrangia não apenas o poder político, mas o econômico e o ideológico.⁶⁸ Para o autor, o totalitarismo “não é apenas um tipo de sistema político, mas é um tipo de sistema social em sua globalidade, ou, se se preferir, é um tipo de Estado somente no sentido de que – tendo sido cancelada a distinção entre sociedade civil e Estado, que caracterizou a história do Estado moderno – a sociedade inteira se dissolve no Estado, é uma sociedade inteiramente estatizada.”⁶⁹

Com relação aos Estados onde ganhou força a doutrina liberal que visava um Estado garantista, representativo e cujos remédios para a resolução do problema da liberdade deveriam estar no plano constitucional, comungamos com o entendimento do renomado pensador no sentido de que tais soluções não se adequam ao problema da liberdade que hoje se põe. Isto porque este problema não está radicado na esfera de atuação do Estado, mas num nível mais profundo, que é o nível de poderes da sociedade civil. É o que vemos nas linhas seguintes:

“[...]Não importa que o Estado seja liberal se a sociedade subjacente é despótica. Não importa que o indivíduo seja politicamente livre se não é socialmente livre. Abaixo da iliberdade como sujeição ao poder do príncipe, há a iliberdade como submissão ao aparato produtivo. E, então, para se chegar ao coração do problema da liberdade, é preciso dar um passo atrás: do Estado para a sociedade civil. O problema da liberdade se refere não mais

⁶⁶ Bobbio, Noberto. Idem., p. 83.

⁶⁷ Bobbio, Noberto. Op. cit., p. 83.

⁶⁸ Bobbio, Noberto. Idem., p. 84.

⁶⁹ Bobbio, Noberto. Idem., p. 85.

apenas à organização do Estado, mas sobretudo à organização da produção e da sociedade como um todo; envolve não o cidadão, isto é, o homem público, mas o homem enquanto ser social, enquanto homem. Nesse sentido, parece que a direção do desenvolvimento histórico não seja mais do *Estado despótico ao Estado liberal, mas do Estado liberal à sociedade liberada.*⁷⁰ (destaques do autor).

Concluindo o seu pensamento, Bobbio assevera que o problema da liberdade humana está centrado, de fato, na sociedade global; hoje uma sociedade tecnocrática, caracterizada pela figura do “não-homem; o homem reduzido a autômato, a engrenagem de uma grande máquina da qual não conhece nem o funcionamento nem a finalidade.”⁷¹ Este reducionismo humano, explica o pensador italiano, decorre, na verdade, de uma potência no Estado tecnocrático diferente das anteriores, ou seja, política, econômica e ideológica: a potência científica. Não é por menos que finaliza o autor o seu pensamento, com a constatação de que não se está diante de um “processo de servidão ou de proletarização, mas, de modo mais geral, um processo de desumanização.”⁷²

3. 2. A liberdade em suas mais significativas formas

A liberdade negativa, expõe Noberto Bobbio, deriva da situação na qual o indivíduo “tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos.”⁷³ Ressalta o insigne jurista que esta liberdade, numa linguagem política, abrange não somente uma relação entre dois sujeitos humanos, mas também compreende uma relação onde um dos sujeitos ou ambos não sejam sujeitos humanos.⁷⁴

No conceito de liberdade negativa dado nas linhas atrás, está clara a presença de duas premissas básicas e que vão dar a essência dessa liberdade, quais sejam: a ausência de impedimento e a ausência de constrangimento. Pela primeira entende-se a possibilidade

⁷⁰ Bobbio, Noberto. Op. cit., p. 86.

⁷¹ Bobbio, Noberto. Idem., p. 86.

⁷² Bobbio, Noberto. Idem., p. 86.

⁷³ Bobbio, Noberto. Idem., p. 48.

⁷⁴ Bobbio, Noberto. Idem., p. 48.

de fazer, enquanto na segunda premissa depreende-se a possibilidade de não fazer.⁷⁵ Para uma melhor compreensão dessas premissas, são importantes os comentários feitos por Norberto Bobbio que seguem abaixo:

“Considera-se que desfruta de uma situação de liberdade tanto o que pode expressar suas próprias opiniões sem incorrer nos rigores da censura quanto o que é isentado do serviço militar(nos casos onde a objeção de consciência é legalmente reconhecida): o primeiro pode agir porque não há nenhuma norma que imponha a ação que vete a ação que ele julga desejável, enquanto o segundo pode não agir porque não há nenhuma norma que imponha a ação que ele julga indesejável.”⁷⁶

Para o ilustre pensador, considera-se liberdade positiva aquela expressa pela “situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser essa determinada pelo querer de outros.”⁷⁷ Nesse sentido, há nessa liberdade uma autodeterminação do sujeito, ou seja, não é determinado pelos outros ou não depende dos outros para as próprias decisões.⁷⁸

Visando uma nítida distinção das liberdades negativa e positiva, ensina Bobbio⁷⁹ que a melhor referência diz respeito aos sujeitos partícipes da relação, em que a liberdade negativa exprime uma qualificação da ação, enquanto a positiva retrata uma qualificação da vontade. Dessa forma, a melhor denominação dessas liberdades seria a de liberdade de agir(negativa) e liberdade de querer(positiva). Essas noções são importantes para a distinção acima aludida, porquanto a ausência de um critério nítido de distinção ensejaria confusões e controvérsias inúteis, como esclarece o mesmo pensador italiano nas transcrições seguintes:

“[...] Que a vontade seja livre segundo a definição de liberdade positiva quer dizer que essa vontade se determina por si mesma, é autônoma. Mas que

⁷⁵ Bobbio, Norberto. Idem., p. 49.

⁷⁶ Bobbio, Norberto. Op. cit., p. 49.

⁷⁷ Bobbio, Norberto. Idem., p. 51.

⁷⁸ Bobbio, Norberto. Idem., p. 51.

⁷⁹ Bobbio, Norberto. Idem., p. 54.

uma vontade seja autônoma não implica de modo algum que a ação que eventualmente deriva da mesma seja livre (ou seja, não impedida ou não forçada). Não é de modo algum contraditório dizer que escolhi livremente a religião que professo, mas que não sou livre para professá-la porque vivo num Estado confessional.”⁸⁰

A distinção acima demonstrada não demonstra, entretanto, que as liberdades negativa e positiva sejam incompatíveis e que, portanto, não possam se complementar. Na verdade, “uma sociedade ou um Estado livres, na esfera política, são uma sociedade ou um Estado nos quais a liberdade negativa dos indivíduos ou dos grupos é acompanhada pela liberdade positiva da comunidade em seu conjunto, nos quais uma ampla margem determinada de liberdade negativa dos indivíduos ou dos grupos(as chamadas liberdades civis) é a condição necessária para o exercício da liberdade positiva do conjunto(a chamada liberdade política).”⁸¹

Numa vertente distinta, tem-se denominado a liberdade negativa como a liberdade em face de(do inglês *liberty from*), na qual o sujeito não está submetido a limites, como os que provêm de normas restritivas. Em contrapartida, dá-se à liberdade positiva a conotação de uma liberdade de (ou para), relativa à expressão inglesa *liberty to*, na qual estão incluídas todas as situações designadas através de expressões como liberdade de opinião, liberdade de iniciativa econômica, liberdade de reunião, de associação, de voto, liberdade de imprensa etc.⁸²

Embora essas formas de liberdade tenham essa distinção, pois referem-se às liberdades negativa e positiva, na verdade identificam-se na qualificação apenas da ação, apresentando-se como dois aspectos(negativo e positivo) de uma mesma situação, de forma que “um não pode existir sem o outro, ou, em outras palavras, ninguém pode – numa situação concreta – ser *livre em face de* sem ser *livre de(ou para)* e vice-versa.”⁸³

⁸⁰ Bobbio, Noberto. Idem., p. 54.

⁸¹ Bobbio, Noberto. Op. cit., p. 54.

⁸² Bobbio, Noberto. Idem., p. 59.

⁸³ Bobbio, Noberto. Idem., p. 60.

(destaques do autor). Nesse sentido, temos como oportuna a transcrição dos comentários de Bobbio sobre o tema:

“Quando digo, por exemplo, que sou *livre para* expressar minhas opiniões, digo ao mesmo tempo – e não posso deixar de dizer – que sou *livre em face de* uma lei que institui a censura prévia. Do mesmo modo, quando digo que sou *livre em face de* qualquer norma que limite meu direito de voto, digo ao mesmo tempo – e não posso deixar de dizer – que sou *livre para* votar.”⁸⁴(destaques do autor).

É importante ressaltar que os dois aspectos (liberdade em face de e liberdade de) da liberdade de agir podem, em razão da ligação que possuem, ser permutáveis, de forma que uma liberdade em face de uma só restrição pode liberar mais de uma liberdade de(ou para) e, da mesma forma, uma liberdade de(ou para) pode ser adquirida em razão da eliminação de várias limitações(liberdades em face de). Como exemplo dessa ilação, aponta Norberto Bobbio⁸⁵ a eliminação de normas sobre censura prévia, da qual decorre a aquisição de várias liberdades de, como a de falar em público, de escrever, de publicar, de representar a realidade com as mais diversas formas expressivas. Por outro lado, o caminho para a liberdade de imprensa(liberdade de) só poderá ser aberto com a eliminação de normas sobre censura prévia, sobre crimes de opinião, sobre o exercício da função de jornalista(liberdades em face de).

Comenta Bobbio que “na teoria política, as duas formas de liberdade podem ser distinguidas também como base no diferente sujeito histórico que é portador de uma e de outra”.⁸⁶ Nesse sentido, a liberdade negativa está correlacionada ao indivíduo singular, titular de liberdades civis, as quais “são historicamente o produto das lutas pela defesa do indivíduo, considerado ou como pessoa moral (e, portanto, tendo um valor em si mesmo) ou como sujeito de relações econômicas, contra a intromissão de entes coletivos como a Igreja e o Estado;...”⁸⁷

⁸⁴ Bobbio, Norberto. Idem., p. 60.

⁸⁵ Bobbio, Norberto. Op. cit., p. 60.

⁸⁶ Bobbio, Norberto. Idem., p. 57.

⁸⁷ Bobbio, Norberto. Idem., p. 57.

No que diz respeito às liberdades positivas, estas ressoam num ente coletivo, porquanto é “geralmente atribuída, no discurso político, a uma vontade coletiva, seja essa vontade a do povo, da comunidade, da nação, do grupo étnico ou da pátria.”⁸⁸ Dessa forma, conclui Bobbio que “... para a teoria política, o problema historicamente relevante não é tanto o da autodeterminação do indivíduo singular (que é problema teológico, filosófico ou moral), mas antes o da autodeterminação do corpo social do qual o indivíduo faz parte.”⁸⁹ Nesse diapasão, pode se estabelecer que a primeira liberdade(individual) diz respeito à liberdade em face do Estado, enquanto a segunda(coletiva) corresponde à liberdade do Estado, no sentido de coletividade, corpo social.⁹⁰

Diante do exposto anteriormente, pode se depreender que o liberalismo está intrinsecamente ligado à liberdade individual e, por conseguinte, à realização das liberdades civis. Não é por menos, pois, que Nelson Saldanha relata que “certos autores consideram o liberalismo um modo de conceber a própria figura do homem: ente essencialmente livre, racional, perfectível, cuja realização plena requer um determinado tipo de sociedade.”⁹¹ Por sua vez, a liberdade coletiva, de índole política, corresponde ao exercício da democracia, com a participação popular no poder político.

Tais liberdades são, no pensamento de Bobbio, “estritamente ligadas e interconectadas, tanto que, quando uma desaparece, também desaparece a outra.”⁹² Com efeito, defende o mestre italiano que “sem liberdades civis, como a liberdade de imprensa e de opinião, como a liberdade de associação e de reunião, a participação popular no poder político é um engano; mas, sem a participação popular no poder, as liberdades civis têm bem pouca probabilidade de durar. Enquanto as liberdades civis são uma condição necessária para o exercício da liberdade política, a liberdade política – ou seja, o controle popular do poder político – é uma condição necessária para, primeiro, obter e, depois, conservar as liberdades civis.”⁹³

⁸⁸ Bobbio, Noberto. Idem., p. 57.

⁸⁹ Bobbio, Noberto. Idem., p. 57.

⁹⁰ Bobbio, Noberto. Op. cit., pp. 57-58.

⁹¹ Saldanha, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*, 2^a ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2000, p. 184.

⁹² Bobbio, Noberto. Op. cit., p. 65.

⁹³ Bobbio, Noberto. Idem., p. 65.

3. 3. Do liberalismo ético ao liberalismo econômico : a privação de capacidades básicas

Assevera Richard Bellamy que “os ideais e a política liberais moldaram os Estados e os sistemas sociais e econômicos do século XIX, criando a estrutura institucional e os valores dentro dos quais vive e pensa a maioria dos ocidentais.”⁹⁴ Tal circunstância, enfatiza este pensador inglês, não enseja que se considere o aparente triunfo do liberalismo como uma “evolução humana universal na direção de sociedades livres”.⁹⁵ Isto porque a realidade existente demonstra exatamente o contrário, à medida que os primeiros ideais liberais arrimados na crença num progresso assegurado em direção a uma utopia burguesa, frustraram-se no bojo do processo histórico.⁹⁶

Na verdade, esses primeiros ideais compunham o arcabouço de uma corrente teórica particularmente influente da tradição liberal, que teve como principais criadores liberais ingleses Adam Smith, Herbert Spencer e J. S. Mill. Esta corrente, denominada por Bellamy de liberalismo ético, defendia uma concepção filosófica pela qual se conferia prioridade a uma liberdade individual crescente, amparada essa teoria numa outra tese, de cunho social. Sobre este tema, tornam-se imprescindíveis os comentários do citado pensador, consoante as linhas abaixo:

“[...] Apesar das divergências entre os teóricos liberais sobre a exata interpretação da Liberdade, todos aceitavam que existia uma teoria coerente da liberdade e que era possível maximizar um conjunto igual de Liberdades harmoniosamente coexistentes para todos os membros da sociedade. O problema desta doutrina é o critério normativo e prático de como decidir entre diferentes conjuntos de Liberdades conflitantes, para atingir a maior Liberdade possível dentro de um equilíbrio.”⁹⁷

Mas o problema apontado por Bellamy não era enfrentado pelos liberais tradicionais, já que se mostravam confiantes na tese de que o desenvolvimento da sociedade

⁹⁴ Bellamy, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. Trad. Magda Lopes, São Paulo : Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994, p. 9.

⁹⁵ Bellamy, Richard. Op. cit., p. 9.

⁹⁶ Bellamy, Richard. Idem, p.10.

levaria a uma harmonização dos planos de vida individuais.⁹⁸ Para os liberais éticos, as relações de mercado – entre pequenos empresários, características do capitalismo inicial – eram idealizadas “como a base de uma sociedade meritocrática, composta de cidadãos autoconfiantes e responsáveis, que livremente entravam em acordo um com o outro para proveito mútuo e eram movidos por uma ‘mão invisível’ rumo a um aperfeiçoamento individual, social, material e moral.”⁹⁹

Com relação ao Estado, os liberais éticos o encaravam sob a direção de uma espécie de elite patriótica, composta por homens que, em virtude da educação e das posses, eram dignos de representar a nação de maneira responsável, deliberando de forma racional e desinteressada sobre o bem comum, dentro de um código moral compartilhado.¹⁰⁰

Ocorre que os ideais dessa corrente liberal ética sempre ficaram no plano abstrato, pois na vida real sempre se praticou um liberalismo econômico, prevalecendo, mesmo, a luta pelo domínio do mercado e a utilização do Estado para a preservação dos interesses econômicos dominantes. Nesse contexto, explica Bellamy que a livre competitividade em condições de relativa igualdade, visando um maior equilíbrio entre demanda e oferta e, assim, o emprego mais eficiente dos recursos disponíveis, tornou-se situação meramente contingencial, pois na perturbação deste equilíbrio, as forças de mercado não conseguiam restabelecê-lo. Além disso, as vantagens temporárias do mercado, beneficiando algumas empresas, destruíam a competitividade do mercado, dando ensejo ao surgimento das grandes corporações que passaram a controlar o suprimento de bens e serviços em uma área particular, o que distorcia o mecanismo regulatório dos preços. Acrescenta ainda Bellamy, que as diferenças entre os consumidores tiveram influência, também decisiva, na queda do equilíbrio do mercado, não apenas pelo grau de informação e acesso aos bens fornecidos, mas em decorrência da distribuição desigual da riqueza, eis que havia sempre uma disputa para a satisfação dos caprichos dos ricos em detrimento das mais urgentes necessidades dos pobres.¹⁰¹

⁹⁷ Bellamy, Richard. Idem. pp.10-11.

⁹⁸ Bellamy, Richard. Idem, p. 12.

⁹⁹ Bellamy, Richard. Op. cit., p. 12.

¹⁰⁰ Bellamy, Richard. Idem., p. 14.

¹⁰¹ Bellamy, Richard. Idem., p. 13.

No âmbito do poder político, a tão almejada representatividade moral já declinada não aconteceu, pois o crescimento do eleitorado, em virtude do inchaço das grandes cidades como decorrência da Revolução Industrial (com maior ênfase na Inglaterra), promoveu as mesmas motivações individualistas adotadas no mercado, desta feita atuando no sentido de obter vantagens por meios políticos. Dessa forma, assevera Bellamy, “em vez de controlar a sociedade, o próprio Estado tornou-se um instrumento dos mesmos interesses econômicos que buscava restringir.”¹⁰²

Hodiernamente, o liberalismo econômico praticado no mundo ocidental, principalmente, apresenta-se ainda mais nefasto à sociedade, em razão da exclusão social que gera. Tal exclusão implica, inclusive, uma nova forma de redimensionamento da pobreza produzida. Comumente, tem a pobreza sido vinculada ao fator renda, de forma que quanto menos renda tiver, mais pobre será considerada a pessoa. Entretanto, uma outra corrente, da qual destaca-se o economista Amartya Sen, tem contestado esta forma de dimensionamento da pobreza, sob o argumento de que esta deve ser considerada segundo a privação de capacidades e não apenas de acordo com situação de baixa renda.

Com efeito, defende esse economista que, embora a renda seja um dos fatores primordiais para a configuração da pobreza – segundo o autor, numa relação meramente instrumental –, declina a existência de fatores outros que a influenciam, principalmente, porque tais fatores podem aparecer como causas geradoras da baixa renda. Dessa forma, ensina o autor que “*o baixo nível de renda pode ser uma razão fundamental de analfabetismo e más condições de saúde, além de fomes e subnutrição; e inversamente, melhor educação e saúde ajudam a auferir rendas mais elevadas*”.¹⁰³

Para Amartya Sen, porque as privações de renda e as privações de capacidade apresentam-se consideravelmente correlacionadas, não seria admissível levar-se em conta as primeiras sem uma análise das segundas. Aliás, admite o autor que deve se ter cuidado no exame destas privações, pois nem sempre estão interligadas. Pelo fato da

¹⁰² Bellamy, Richard. Op. cit., p. 14.

¹⁰³ Sen, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo : Companhia das Letras, 2000, p. 34.

privação de capacidades estar vinculada a uma melhor análise das políticas públicas, entende o referido economista que se a atenção for dirigida não apenas à concentração de renda, mas com maior interesse na privação de capacidades, o resultado obtido poderá dar uma visão mais específica da pobreza da vida e das liberdades humanas, com uma base informacional diferente.¹⁰⁴

Um exemplo do que é defendido pelo pensador supracitado pode se extrair da pesquisa feita pelo IBGE sobre a influência do nível de escolaridade dos pais do trabalhador na mobilidade profissional deste, junto a seis regiões metropolitanas, no período de maio/1991 a abril/1996. Constatou-se um aumento na taxa de ocupação para os indivíduos cujos pais tinham, pelo menos, o primeiro grau completo, sendo maior ainda esta taxa para aqueles que tinham pais com nível escolar superior, ou seja, de 58,4%, pulou para 64,5%. Em contrapartida, a taxa de não ocupados aumentou em relação aos trabalhadores cujos pais tinham, no máximo, o primeiro grau incompleto, aumentando, ainda mais, para os indivíduos cujos genitores não são alfabetizados (de 42,3% para 46,4%).¹⁰⁵ Estes dados demonstram a influência que a privação de uma determinada capacidade – educação – pode acarretar na renda do indivíduo, e, mais ainda, as repercussões desta privação, atingindo, também, outras gerações futuras.

Ora, se está claro que a pobreza não pode ser restrita apenas ao fator renda, mas a uma privação de capacidades (embora a desigualdade de renda, por si só, já ensejaria um tratamento diferenciado), torna-se plausível que nas relações econômicas, as condições econômico - financeiras dos agentes deva ser levada em conta, dando-se tratamento diferenciado àqueles agentes que, mesmo na condição de pequeno empresário ou empreendedor, em sua grande maioria apresentam-se carentes do acesso pleno à saúde, à educação, ao saneamento básico e outras capacidades.

Na verdade, como explica Gilberto Dupas, esta categoria econômica se identifica com o segundo grupo societário definido por Wolfe, como aqueles que não têm

¹⁰⁴ Sen, Amartya. Op. cit., p. 34.

¹⁰⁵ Dados obtidos no site do IBGE, no seguinte endereço eletrônico: <http://www.ibge.gov.br/ibge/estatística/indicadores/trabalhoerendim.../analiseresultados2.sht>, 24.01.2001, às 21:30 horas.

cartão de crédito, mas gostariam de ter, isto é, “apesar de partilhar os valores da sociedade consumista, não conseguiram o visto de entrada ao almejado paraíso do consumo”, o que os torna “potencialmente mais frustrados do que o terceiro grupo de indivíduos, composto por aqueles que ainda não introjetaram os valores que agora, na ‘aldeia global’, referida por McLuhan, tornaram-se quase universais.”¹⁰⁶ Ao criticar a medida empírica de pobreza geralmente utilizada nas análises sobre o tema, Gilberto Dupas, em concordância com Amartya Sen, discorre que além desse tipo de medição não contemplar a distribuição de renda entre os mais pobres, “não visualiza os processos de transferência de renda de frações pobres para outras menos pobres, mas que também se encontram abaixo da linha de pobreza.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ Dupas, Gilberto. *Economia global e exclusão social : pobreza, emprego, estado e futuro do capitalismo*. São Paulo : Paz e Terra, 1999. p.17.

¹⁰⁷ Dupas, Gilberto. *Idem*, p. 29.

CAPÍTULO 4 . OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À PROTEÇÃO

4. 1. O direito à proteção como direito vinculado ao Estado Social

Ensina Paulo Bonavides que a teoria dos direitos fundamentais é de “linhagem individualista, nasce com o Estado liberal e durante muito tempo permanece inseparável dessa modalidade de Estado, nomeadamente de sua Constituição, que não só os contém, senão que lhes confere um quadro de proteção, servindo-lhes de escudo e deles recebendo a necessária legitimação”.¹⁰⁸ Nesse sentido, explica o ilustre jurista que tais direitos fundamentais correspondiam aos direitos da liberdade vinculados ao indivíduo, sendo eles a liberdade pessoal, da propriedade, da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, de opinião, assembleia, reunião e crença religiosa, dentre outras.¹⁰⁹

De fato, como bem demonstra o referido jurista, “tinham, pois, todos esses direitos uma função delimitadora, defensiva, específica, de resistência ou oposição ao Estado. Eram, para assim dizer, concebidos primacialmente nessa linha clássica do pensamento liberal como direitos subjetivos públicos, de defesa, tendo-se em vista as eventuais acometidas do Estado contra a liberdade e a propriedade”.¹¹⁰

Contudo, com o advento do Estado Social, a partir da Constituição de Weimar, emergiram novos direitos baseados na dimensão social do homem como valor mais alto, havendo, num primeiro momento, relata Paulo Bonavides, um conflito entre a ordem antiga de direitos fundados na liberdade com esses novos direitos denominados sociais, mas que posteriormente foi suprimida com o advento de uma concepção de liberdade real, “expressa pela referência ao homem-pessoa, em substituição do homem-indivíduo”.¹¹¹

Assim, tais direitos sociais são os direitos à segurança social, ao trabalho, ao salário condigno, à assistência social, à liberdade sindical, às condições humanas, justas e

¹⁰⁸ Bonavides, Paulo. *A Constituição Aberta. 2ª* ed. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 1996, p. 183.

¹⁰⁹ Bonavides, Paulo. *Idem.*, p. 183.

¹¹⁰ Bonavides, Paulo. *Idem.*, p. 183.

¹¹¹ Bonavides, Paulo. *Idem.*, p. 184.

saudáveis de trabalho, à formação profissional, à proteção da maternidade, da infância e da família, à subsistência, ao vestuário, à habitação, à educação e aos bens culturais.¹¹²

O direito à proteção, na verdade, obriga a realização de prestações positivas por parte do Estado, como se colhe das lições dadas por Robert Alexy¹¹³, no sentido de que trata-se de uma garantia que o titular de um direito fundamental tem frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros. Com efeito, assevera este constitucionalista alemão que tais prestações são de caráter positivo, vez que exigem do Estado uma ação, seja fática ou normativa, visando a proteção de determinado direito fundamental.

Oportuna, no entanto, é a clara distinção que faz Canotilho entre os direitos à prestação e os direitos decorrentes de imposições constitucionais. Aqueles são, em rigor, normas programáticas que podem obrigar a uma política ativa, sem contudo, fundamentarem pretensões de prestação subjetivas. Para o jurista lusitano, “a confusão resulta do facto de a imposição constitucional legiferante e o direito subjectivo à prestação poderem visar fins idênticos e destinar-se a prosseguir os mesmos interesses”.¹¹⁴ Nesse prisma, o autor dá, como exemplo, o direito à saúde, que é direito fundamental mas que não se confunde com o direito decorrente de imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde.¹¹⁵

Tal confusão entre o direito fundamental e a prestação imposta constitucionalmente ao Estado decorre da má visualização da dimensão subjetiva do direito fundamental (como inserido no plano existencial do cidadão). Com efeito, é equivocada a visão de que, pelo fato de não poder ser judicialmente exigido, o direito fundamental não se enquadraria, pois, no modelo clássico de direito subjetivo. Este pensamento leva a doutrina a destacar, apenas, o dever objetivo da prestação decorrente da imposição constitucional pelos entes públicos, minimizando, assim, o conteúdo subjetivo do direito fundamental.¹¹⁶ Na realidade, defende o autor português, tais prestações decorrentes de imposições

¹¹² Bonavides, Paulo. *Idem.*, p. 184.

¹¹³ Alexy, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Madrid : Imprenta Fareso, S. A., 1993, p. 435.

¹¹⁴ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra : Coimbra Editora Ltda., 1994, p. 367.

¹¹⁵ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Idem.*, p. 367.

¹¹⁶ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Idem.*, p. 368.

legiferantes estariam no âmbito da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, como meios de sua concretização, embora nunca se alcance a sua plenitude.

4. 2. A proteção aos direitos fundamentais sociais

No que diz respeito à sua forma de concretização, nas lições de Canotilho, os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais apresentam-se em três dimensões distintas, quais sejam:

“ 1- Dimensão subjectiva, que resulta: a) da consagração constitucional destes direitos como direitos fundamentais dos cidadãos e não apenas como ‘direito objectivo’ expresso através de ‘normas programáticas’ ou de ‘imposições constitucionais(**direitos originários de prestações**); da radicação subjectiva de direitos através da criação por lei, actos administrativos, etc., de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos. É neste segundo sentido que se fala de **direitos derivados a prestações** (assistência social, subsídio de emprego, etc.) que justificam o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social.

2 – Dimensão programática, que pode ter vários níveis de formulação: a) através de cláusulas de socialidade e de princípios definidores dos fins do Estado; b) através de normas gerais impositivas de certa ‘política’ (tarefas do Estado) necessária à realização dos direitos fundamentais; c) através de imposições constitucionais concretas que vinculam o legislador ao fornecimento de certas prestações estritamente necessárias à concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

3 – Uma dimensão igualitária, normativamente harmonizante. Quando o legislador procede à efectivação de certos direitos (cfr. 1/b), justifica-se que a concretização legal não viole o direito de igualdade, omitindo ou excluindo arbitrariamente cidadãos ou grupos de cidadãos das prestações legalmente

reconhecidas. É neste campo que, como se viu, se levantam os problemas da omissão legislativa parcial e do eventual direito individual de defesa do cidadão ou cidadãos contra um tratamento legal desigualitário.”¹¹⁷(grifos do autor).

Para Alexy, os direitos fundamentais sociais têm como primeiro aspecto basilar o direito à liberdade fática para o indivíduo, no sentido de que para este os direitos fundamentais sociais representam a oportunidade de não viver sob um nível mínimo de existência, de não estar condenado a uma permanente improdutividade e de não ficar excluído da vida cultural da época, de forma que lhe interessa, sobremaneira, a superação de sua situação deficitária, através desses direitos, do que a mera liberdade jurídico– formal que de nada lhe serve.

Vinculado a este primeiro aspecto, os direitos fundamentais sociais adquirem uma maior relevância, não somente no âmbito formal (estar incluso no ordenamento jurídico), mas também no âmbito material. Emerge, pois, um segundo aspecto que coloca os direitos fundamentais como expressão de um sistema de valores “que encuentra su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en sua dignidad”.¹¹⁸ Assim, se os direitos fundamentais têm como finalidade precípua o desenvolvimento com liberdade da personalidade humana, isto exige a presença de uma liberdade fática, no sentido de que sejam efetivamente assegurados os meios necessários à concretização das liberdades jurídicas, através de normas relativas ao poder de fazer, no plano jurídico, e que garantam um poder real de atuação do indivíduo.¹¹⁹

Aponta Alexy dois argumentos fortemente utilizados em favor do não reconhecimento dos direitos fundamentais sociais. O primeiro argumento, de natureza formal, defende a tese de que os direitos sociais fundamentais não são direitos que possam, por si sós, exigir uma demanda judicial ou, se podem, isto ocorre de forma bastante

¹¹⁷ Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 374-375.

¹¹⁸ Alexy, Robert. Ob. cit., p. 489. Este trecho foi transcrito pelo autor à luz do posicionamento adotado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

¹¹⁹ Alexy, Robert. Idem., p. 489.

reduzida. Na verdade, comenta o autor que esta tese apega-se ao fato de que o objeto da maioria dos direitos fundamentais sociais é muito impreciso, como se vê nas linhas abaixo:

“Esta tesis puede apoyarse en el hecho de que el objeto de la mayoría de los derechos fundamentales sociales es muy impreciso. ¿Cuál es, por ejemplo, el contenido de un derecho fundamental al trabajo? La escala de interpretaciones concebibles se extiende desde un derecho utópico de cada uno a todo trabajo que desee, en todo lugar y en todo tiempo, hasta un derecho compensatorio a recibir ayuda en caso de desempleo. Pero, ¿cuál debe ser su monto? Los problemas con los otros derechos fundamentales sociales no son muy diferentes. También en el caso del derecho fundamental social más simple, el derecho a mínimo vital, la determinación de su contenido exacto plantea algunas dificultades.”¹²⁰

Rebate Alexy¹²¹ a supramencionada crítica aos direitos fundamentais sociais, sob o argumento de que as dificuldades na determinação precisa do conteúdo de um direito, a exemplo também da precisão de conceitos jurídicos indeterminados, não são algo que reprove o reconhecimento de tais direitos na esfera judicial e na ciência jurídica. Dessa forma, a tese a respeito da dificuldade dos direitos fundamentais em ensejar, por si só, demanda judicial, tem de basear-se em algo mais do que a simples imprecisão semântica e estrutural desses direitos. Na verdade, comenta Alexy, a definição dos meios necessários à concretização dos direitos fundamentais implica assunto de política pública, consoante os princípios da divisão dos poderes e da democracia, pelo que esse tema foge da esfera da competência constitucional do Judiciário, sendo atribuição do legislador legitimado democraticamente.¹²²

O segundo argumento enfrentado pelo autor germânico, e que diz respeito ao campo material de incidência dos direitos fundamentais sociais, baseia-se no entendimento de que tais direitos são inconciliáveis com as normas constitucionais materiais ou, ao

¹²⁰ Alexy, Robert. Idem., p. 490.

¹²¹ Alexy, Robert. Idem., p. 490.

¹²² Alexy, Robert. Idem., p. 491.

menos, entram em colisão com estas.¹²³ Com efeito, entende o referido jurista que a concretização de um direito fundamental social implicaria um possível choque com direitos de outra natureza – direitos fundamentais de liberdade, ambiental e coletivo, entre outros – bem como com outro direito fundamental social. Dessa forma, Alexy passa a defender que a solução reside num modelo que tome em conta os argumentos pró e contra os direitos fundamentais sociais e que tenha, por premissa, o fato de que os direitos fundamentais, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que “su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria”.¹²⁴ Assim, a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo pode exigir passa por uma ponderação entre princípios, como verificamos nas lições abaixo:

“ Por un lado se encuentra, sobre todo, el principio de la libertad fáctica. Por el otro, se encuentran los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como así también principios materiales que, sobretudo, se refieren a la libertad jurídica de otros pero, también a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos.”¹²⁵

Através do modelo por ele proposto, Alexy entende que a questão acerca de qual direito fundamental social poderá se exigir dependerá de uma tarefa da dogmática dos diferentes direitos fundamentais sociais. Entretanto, tal possibilidade de exame na seara jurídica só será possível se: a) houver uma exigência muito urgente em razão do princípio da liberdade fáctica; b) se os princípios da divisão dos poderes e da democracia, ao lado dos demais princípios em oposição, forem afetados de forma bastante reduzida pela garantia

¹²³ Alexy, Robert. Op. cit., pp. 491-492. Para o autor, este choque entre os direitos fundamentais sociais e demais direitos constitucionais fica claro no âmbito do direito do trabalho: “En un sistema de economía de mercado, el Estado puede disponer sólo limitadamente del objeto de este derecho. Si quisiera satisfacer el derecho de todo desempleado a un puesto de trabajo, tendría o bien que dar ocupación a todo desempleado dentro del marco de la administración pública existente o limitar y hasta eliminar la disponibilidad de los puestos de trabajo por parte de la economía privada. Lo primero, en todo caso como solución geral, no puede ser tomado en cuenta, pues, bajo las condiciones dadas, sólo conduciría a la desocupación oculta por el derecho de la administración pública. Lo segundo conduce o bien a una amplia reducción de la capacidad de decisión de la economía privada o a sua eliminación. Pero, esto significa, entre otras cosas, una intervención en los derechos fundamentales de quienes disponen de la propiedad de los bienes de producción. (Idem., p.492).

¹²⁴ Alexy, Robert. Idem., p. 494.

¹²⁵ Alexy, Robert. Idem., p. 494.

constitucional da prestação jurisdicional e, por conseguinte, das decisões tomadas pelo Judiciário.¹²⁶ Em todo o caso, comenta o autor, “estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica.”¹²⁷ Este assunto voltará a ser abordado quando da análise de situações impostas pela legislação nacional e que apontam para a violação de direitos fundamentais sociais em detrimento de outros da mesma natureza.

¹²⁶ Alexy, Robert. Op. cit., p. 495.

¹²⁷ Alexy, Robert. Idem., ibidem.

CAPÍTULO 5. A ORDEM JURÍDICA E A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA – SITUAÇÕES CONCRETAS SOBRE A AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DA ORDEM ECONÔMICA

5. 1. O necessário exame de situações concretas para a fixação do equilíbrio na correlação entre os princípios norteadores da ordem econômica

Sendo heterogênea a natureza dos princípios estabelecidos no art. 170 da atual Carta Magna, como visto em linhas atrás, e sendo necessária a concretização desses princípios tendo como norte a busca pela Justiça Social, amparada nos princípios da igualdade e liberdade, surge a atividade interpretativa como elemento preponderante para a aplicação desses princípios. E esta atividade só se realiza mediante a aplicação da norma ao caso concreto, como ensina Celso Ribeiro Bastos no comentário que abaixo se transcreve:

“Segundo Konrad Hesse, quando o conteúdo da Constituição não se revela de uma forma clara, deverá ser determinado mediante a incorporação da realidade de cuja ordenação se trata. Assim, assinala que 'Comprender' y, com ello, ' concretizar' sólo és posible com respecto a un problema concreto. El intérprete tiene que poner en relación con dicho problema la norma que pretende entender, si quiere determinar su contenido correcto aquí y ahora”. Isso porque, segundo leciona Hesse, 'Puesto que lo que las normas de la Constitución persiguen es la ordenación de la realidad de las situaciones vitales concretas, habrá que aprehender dicha realidad en los términos marcados en el programa normativo', considerando-se este, basicamente, como o texto da norma jurídica. O teor da norma, conforme doutrina de Hesse, pois, só se completa no ato interpretativo. Não há interpretação da Constituição independente de problemas concretos”¹²⁸(destaques do autor).

Vê-se, portanto, que só na análise de um caso concreto será possível uma interpretação plena e adequada da aplicação dos princípios instituídos para ordem econômica, tendo o operador do direito que optar, dentre os bens jurídicos inseridos nos

¹²⁸ Bastos, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional* São Paulo : Celso Bastos Editor : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p. 155.

aludidos postulados, aquele que terá maior preponderância, buscando encontrar a solução mais justa.

É com base nos ensinamentos ora transcritos que pretendemos apresentar, neste capítulo, situações concretas que ilustram a inadequação do direito incidente sobre certas realidades sociais e econômicas inerentes aos agentes ali envolvidos. Na verdade, o propósito maior desta tarefa consiste na demonstração do desequilíbrio existente na correlação entre o direito à proteção e os direitos à igualdade e à liberdade, tendo por base as diversas dimensões filosóficas, históricas e políticas já expostas nos capítulos anteriores. Este último desafio será enfrentado, entretanto, na conclusão deste trabalho, quando buscaremos traçar, também, propostas que venham a promover o necessário equilíbrio da aludida correlação nas realidades aqui abordadas.

5. 2. A injusta uniformidade de tratamento dada ao pequeno empregador como uma das causas da economia informal

O direito ao trabalho digno, como direito fundamental social, tornou-se objeto de uma ciência jurídica específica, que possui princípios próprios, em sua grande maioria, de natureza protetiva ao trabalhador. Dessa forma, depreende-se que as normas laborais têm como norte a observância e aplicação desses princípios, o que enseja a atribuição de obrigações e encargos sociais ao empregador que venham garantir uma condição de vida mais digna ao obreiro, proporcionando, teoricamente, um maior equilíbrio na relação de trabalho entre os atores sociais. Estas obrigações dividem-se em obrigações de ordem administrativa/jurídica (anotações de contrato, preenchimentos de documentos burocráticos, tratar com respeito o empregado, promover a dispensa por justa causa apenas se configuradas as hipóteses previstas em lei, estabelecer novas condições de trabalho apenas com a participação do órgão sindical, ou alterar as condições apenas para benefício do obreiro, etc.) e obrigações de ordem econômica (salários, horas extras, gratificações, demais vantagens legais e encargos previdenciários).

O problema surge em relação às obrigações de ordem econômica estabelecidas na lei e que levam os pequenos empregadores a descumpri-las, em razão da situação financeira e social que ostentam. É justamente neste aspecto que se concentra o

núcleo deste item, em que questionamos o tratamento uniforme que a legislação trabalhista dispensa aos empregadores, sem qualquer distinção de ordem social ou econômica.

Para tanto, direcionamos o estudo para as micro e pequenas empresas dirigidas por pequenos empreendedores. É bastante comum constatar-se a existência de atividades econômicas paralelas àquelas que se desenvolvem abertamente e formalmente. Ali estão os camelôs, pequenos salões de beleza, oficinas de fundo de quintal, etc., onde trabalham mecânicos, serralheiros, carpinteiros e uma infinidade de outros trabalhadores vinculados a um empregador que, apesar de remunerá-los e ter um nível de renda um pouco maior, na maioria das vezes trabalha junto com os seus empregados, geralmente desempenhando as mesmas atividades laborativas. Na verdade, a maior parte deles alcança a condição de empregador apenas por deter os instrumentos de trabalho necessários à realização dos serviços.

Ao conjunto destas atividades prestadas à margem do aparato estatal, atribui-se a denominação de economia informal. Para Ney Prado, a economia informal pode ser conceituada como “o conjunto de atividades econômicas que o estado de necessidade social ou a busca de lucros ilícitos leva a que sejam realizadas informalmente, de modo que não são detectadas, nem medidas, nem consideradas nas contas nacionais”.¹²⁹ Mas, o que leva estes indivíduos a atuar na marginalidade econômica ?

No conceito acima citado, podem ser encontradas as causas desta informalidade. Em primeiro lugar, o estado de necessidade, ou seja, quando alguém, constringido pelas circunstâncias, é estimulado a agir como não deveria. No caso do Brasil, demonstra Gilberto Dupas¹³⁰ que o forte êxodo rural, causado pelo avanço tecnológico no campo (acrescente-se, ainda, a falta de políticas de assentamento do homem à terra), levou, no espaço de 50 anos, as cidades brasileiras a passarem de 12 milhões para 130 milhões de pessoas, sendo considerado um dos mais maciços processos de deslocamento populacional da história mundial. Esse processo deu origem aos cinturões de pobreza urbana, formando

¹²⁹ Prado, Ney. *Economia Informal e o Direito no Brasil*. São Paulo : Ltr, 1991, p. 26.

¹³⁰ Dupas, Gilberto. *Economia Global e Exclusão Social – Pobreza, Emprego, Estado e Futuro do Capitalismo*. São Paulo : Paz e Terra, 1999, p. 126.

um contingente de trabalhadores totalmente não qualificados, e que têm como último recurso o subemprego, ou seja, sem a carteira de trabalho anotada, mal ganhando o salário mínimo, e totalmente fora da proteção da seguridade social.

Outra causa detectada por Ney Prado seria a busca por lucros ilícitos, que não pressupõe um estado de necessidade social nem propicia normalmente a atividade marginal. O agente apenas assume o risco de auferir lucros que não produziria nos quadros da economia regular.

Utilizando o critério do tamanho ou da dimensão para uma tipologia da Empresa, Juan Francisco Dieste¹³¹ estabelece 04 tipos, quais sejam, a microempresa, a pequena empresa, a média empresa e a grande empresa. De logo, limitar-se-á o estudo apenas às duas primeiras formas, visando uma maior objetividade deste trabalho e do tratamento do tema que tem por objeto.

No que diz respeito às microempresas e pequenas empresas, entende Juan Dieste que a diferença é, em princípio, no grau e não na essência. Para tanto, destaca o autor, como fator presente com mais intensidade na microempresa, a identificação do empresário com a atividade laboral da sua empresa e, por conseguinte, há uma maior concentração de funções. Na realidade, observa o jurista uruguaio, o microempresário apresenta-se em duas condições simultâneas: a de capitalista e a de trabalhador, condições estas que também se encontram presentes no pequeno e no médio empresário.¹³² Mas é no aspecto da informalidade que, segundo o referido autor, está mais presente a microempresa, chegando a denominá-la de “um submundo trabalhista muito mais flexibilizado ou, simplesmente, desregulado, em que a vontade unilateral do empregador é a única fonte normativa.”¹³³

¹³¹ Dieste, Juan Francisco. *Relações de Trabalho nas Pequenas e Médias Empresas*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rev. Irany Ferrari. São Paulo : Ltr, 1997, p. 44.

¹³² Dieste, Juan Francisco Dieste. Op. cit. , p. 44.

¹³³ Dieste, Juan Francisco. Idem., p. 44.

Para Juan Dieste, a informalidade da microempresa, e também da pequena empresa precária¹³⁴, está relacionada à necessidade de sobrevivência, servindo-se a empresa do baixo custo e da baixa proteção do trabalho como condição de competitividade.¹³⁵

Ocorre, entretanto, que os empregos precários encontrados na economia informal e também em várias pequenas empresas do setor formal, decorrem da condição do próprio empregador, na maioria das vezes, ex-empregado do setor da indústria ou do setor de serviços, ou, o que não é raro, indivíduo também alijado do processo produtivo formal, com chances mínimas de ingressar na formalidade, tendo como única opção montar o seu próprio negócio, fora das amarras do sistema burocrático, fiscalizador e arrecadador do Estado. Com efeito, muitos desses empregadores são vítimas do desemprego estrutural que vem ocorrendo no mundo e não apenas no Brasil, resultante do avanço tecnológico do setor industrial e de serviços, este último num ritmo bem mais acelerado do que o esperado.

Para confirmar o contexto acima descrito, apontamos os comentários feitos por Gilberto Dupas acerca do incremento no número de trabalhadores sem carteira, que foi de 5%, nos anos 1986 a 1990, passando para 30% nos anos 1991 a 1998. Este movimento, explica o renomado economista, significou, nos últimos sete anos, uma perda de 2,1 milhões de postos de trabalho no setor formal e um ganho de 1,6 milhões de postos no setor informal, compreendendo-se nesse setor tanto trabalhadores sem carteira assinada, quanto trabalhadores que trabalham por conta própria ou como empregadores. Dessa forma, finaliza o autor, em 1998 o setor informal passou a responder por 54% da mão-de-obra metropolitana brasileira.¹³⁶

Já em pesquisa quantitativa realizada pelo SEBRAE em convênio com a CNI, em especial no tópico relacionado às relações de trabalho nas microempresas, apesar de demonstrada a importância dessas categorias empresariais na geração de empregos, já que responsável por cerca de 60% dos empregos no setor privado, ficou patenteada,

¹³⁴ Apesar da diferenciação que faz o autor entre microempresas e pequena empresa, as características legais abordadas em sua obra abrangem ambas as categorias produtivas. Por esse motivo, no termo “pequena(s) empresa(s)” utilizado neste trabalho entenda-se como abrangido também o termo “microempresa(s)”, salvo quando ambos forem citados.

¹³⁵ Dieste, Juan Francisco. Idem., p. 44.

¹³⁶ Dupas, Gilberto. Op. cit., p. 128.

também, a informalidade como regra geral nessas empresas, principalmente naquelas com até 11 empregados, que alcança o percentual de 71,5% de participação no setor informal.¹³⁷

Na mesma pesquisa supradecorada, foi constatado que, no setor serviços, a folha e os encargos respondem por cerca de 56% dos custos das microempresas, dado este que confirma a conclusão de que “os micro e pequenos empresários em geral não registram todos os seus funcionários e adotam formas de remuneração alternativas ou complementares por comissão ou produtividade. Uma das razões alegadas para estas práticas é a elevada carga de encargos trabalhistas.”¹³⁸

Constatado, pois, que a informalidade no emprego abrange, de forma contundente, as micro e pequenas empresas, necessária se faz a verificação de como, no aspecto das relações de trabalho, a legislação comparada trata essa categoria empresarial, o que será objeto do próximo item.

5. 2. 1. Aspectos da legislação comparada incidente sobre as relações de trabalho nas pequenas empresas

Em razão da vulnerabilidade das microempresas e pequenas empresas, é comum, como bem explica Juan Dieste¹³⁹, as legislações preverem para estas tratamento diferenciado e mais favorável. Com isso, comenta o autor, pretendem essas legislações a viabilização da transferência dessas empresas para o setor estruturado.

Afirma o juslaboralista que é bastante diversificado o tratamento dado às microempresas e pequenas empresas pelas várias legislações por ele pesquisadas, destacando-se, por uma acentuada flexibilidade legal, os pontos seguintes:

1) Quanto à seguridade social: é indubitável que a seguridade social se torna um componente bastante relevante na composição do custo do trabalho das micro e

¹³⁷ Análise das Relações de Trabalho e da política de recursos humanos nas micro e pequenas empresas – relatório de pesquisa “desk research”. In: *Temas Fundamentos para as Micro & Pequenas Empresas – Trabalho e Emprego, Acesso ao Crédito, Turismo: Emprego e Renda, Carga Tributária*. CNI/SEBRAE, p. 40.

¹³⁸ Idem., p. 41.

¹³⁹ Dieste, Juan Francisco. *Relações de Trabalho nas Pequenas e Médias Empresas*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rev. Irany Ferrari. São Paulo : Ltr, 1997, p. 43-44.

pequenas empresas, que por serem intensivas de mão-de-obra, suportam uma carga previdenciária relativamente maior que a das grandes empresas. Disso resultam distorções que afetam a equidade, os custos do trabalho e, por extensão, os preços de produção. Diante desse quadro, algumas legislações evitam punir o setor que gera mais empregos, onerando aquelas empresas abaixo da média.¹⁴⁰

Nesse contexto, pode ser citada, como exemplo, a legislação espanhola, que até 1992, tornava isentas da totalidade do pagamento das contribuições empresariais de Seguridade Social as empresas com menos de 25 dependentes que celebravam contratos de formação (por tempo integral), reduzindo em 90% a quota empresarial para as unidades que empregavam mais de 25 operários. Outro exemplo de tratamento diferenciado, quanto à seguridade social, vem da França, onde, desde 1989, foi dada isenção às unidades menores do pagamento de contribuições sociais relativas à contratação do primeiro assalariado. Esta medida foi prorrogada em outubro de 1991 e estendida às associações sem fins lucrativos. Por fim, na Nicarágua, a legislação pertinente prevê a faculdade do juiz do trabalho, nas ações que têm por objeto o pagamento de indenização por riscos ocorridos em trabalho em pequenas empresas de comércio, indústrias agrícolas e pecuárias ou serviço doméstico, reduzir os valores atendendo às possibilidades pecuniárias do empregador, observando a antiguidade do trabalhador e a periculosidade das tarefas.¹⁴¹

2) Quanto ao término da relação de emprego: é nesse aspecto que a diferença no tratamento entre as pequenas e grandes empresas acentua-se, alcançando uma flexibilidade maior. Com efeito, destaca Juan Dieste os seguintes traços diferenciais:

2.1) Exclusão das pequenas empresas com referência à legislação protetora em matéria de dispensa. Cita o autor os exemplos das leis trabalhistas da Alemanha e da Áustria, pelas quais a dispensa deve ser socialmente justificada, mas a tutela legal só se aplica a empresas com mais de cinco trabalhadores. Na Bélgica, uma lei de 28 de junho de 1966 exige do pagamento de indenização empresas com menos de vinte trabalhadores, isto quando as dispensas são subseqüentes ao seu fechamento. Por outro lado, as unidades que

¹⁴⁰ Dieste, Juan Francisco. Op. cit., p. 97.

¹⁴¹ Dieste, Juan Francisco. Idem., p. 112.

detêm um número superior de empregados, mesmo nesse caso, devem arcar com indenizações que variam segundo o tempo de serviço do trabalhador, aumentando, ainda mais, para os maiores de 45 anos. Aponta o autor, também como exemplo, a legislação laboral italiana que, antes de 1990, facultava às empresas que ocupavam até quinze trabalhadores a dispensa sem motivo, quando os contratos de trabalho eram por tempo indefinido. Ainda como dado comparativo, ilustra o jurista a legislação Argentina - Lei nº 24.467 -, que faculta às partes, por meio de convenções coletivas de trabalho referentes às pequenas empresas, o poder de modificar o regime de extinção do contrato de trabalho.¹⁴²

2.2) Simplificação da tramitação da dispensa. Demonstra o jurista uruguaio que na Itália, antes de 1990, as pequenas empresas de até quinze trabalhadores ou de até cinco, na atividade agrícola, gozavam de certas vantagens no que diz respeito ao procedimento prévio à dispensa. Na França, comenta o autor, não obstante a dispensa por motivos atinentes à pessoa do trabalhador deva resultar de uma causa real e séria, a inobservância deste procedimento, por parte de empresas com menos de onze trabalhadores, enseja a aplicação de sanção pecuniária, porém para as empresas que tenham mais de onze empregados as sanções por tal violação são mais graves, incluída a reintegração, se esta for aceita por ambas as partes.¹⁴³

2.3) Diminuição dos custos da dispensa. Esta característica parte da suposição de que quanto menor a empresa, mais dificuldade terá a mesma para arcar com os custos da dispensa. À guisa de exemplos, o autor uruguaio declina: a) a Lei nº 24.467, da Argentina, ao estabelecer que nas extinções de contrato de trabalho ocorridas em pequenas empresas e decorrentes de procedimento preventivo de crise, o Fundo Nacional de Emprego poderá assumir total ou parcialmente as indenizações respectivas ou, através de financiamento, promover cursos de capacitação e de reconversão para os trabalhadores despedidos; b) na Colômbia, em caso de dispensas coletivas, é prevista uma indenização reduzida (50%) para os dependentes de empresas cujo patrimônio líquido tributável seja inferior a mil salários mínimos, valor este que é o estimado para as pequenas empresas; c) no direito laboral espanhol, quando a dispensa de trabalhadores nas pequenas empresas

¹⁴² Dieste, Juan Francisco. Op. cit. pp. 113-115.

¹⁴³ Dieste, Juan Francisco. Idem., pp. 117-118.

fundar-se em causas econômicas, técnicas, organizativas ou de produção (art. 51 do ET), 40% dos valores das indenizações serão pagos pelo Fundo de Garantia Salarial; d) com relação ao direito laboral italiano, a indenização por dispensa sem justa causa, quando o trabalhador não opta pela reincorporação – não sendo obrigatória a reintegração em geral nas pequenas empresas –, será inferior para as empresas que ocupam até 15 e 5 trabalhadores respectivamente.¹⁴⁴

2.4) Dispensa coletiva por motivos econômicos. Explica Juan Dieste que em relação aos países da União Européia, a Diretriz n. 75/129, que regula as dispensas coletivas, exclui da sua incidência os estabelecimentos com menos de 20 trabalhadores. Contudo, os limites numéricos variam entre os países (França: 11, Alemanha, Bélgica, Grécia e Holanda: 20, Itália: 25 trabalhadores). Acrescente-se ainda, como menciona o autor, que na Bélgica, além do número de trabalhadores como condição de aplicação da lei que regula as dispensas coletivas, é necessário também que a dispensa afete, no mínimo, 10% do pessoal.¹⁴⁵

2.5) A reintegração do trabalhador dispensado imotivadamente. Comenta o autor uruguaio que, não obstante a reintegração seja o “*necessário corolário da verdadeira estabilidade no emprego*” e “*concebida como uma instituição limitativa da arbitrariedade patronal*”, é crescente o entendimento doutrinário que questiona a sua funcionalidade com o desenvolvimento econômico, passando-se a concebê-la mais como um entrave à produtividade e à competitividade das empresas. Assim, algumas legislações passaram a retirar a prevalência da reintegração, principalmente nas pequenas empresas ou para uma ampla parte deste setor. Outra justificativa para tal vem da relação personalizada que tem o empregado dessas empresas com o patrão, de forma que a reintegração ao serviço poderia ocasionar problemas de maior amplitude em virtude deste relacionamento direto. Além disso, segundo afirma Juan Dieste, “nos países da Common Law, entendeu-se como contrário à ordem pública obrigar uma das partes a manter um vínculo contratual que não quer”.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Dieste, Juan Francisco. Op. cit., pp. 118-120.

¹⁴⁵ Dieste, Juan Francisco. Idem., pp. 122-123.

¹⁴⁶ Dieste, Juan Francisco. Op. cit., pp. 126/127.

Por fim, aponta o autor, à guisa de exemplo, legislações que excluem totalmente a reintegração do trabalhador despedido, dando-lhe apenas o direito à indenização, como é o caso da Argentina(em empresas com menos de 10 empregados); Venezuela; Peru(para empresas que empreguem até 20 trabalhadores) e França (salvo se a empresa tiver mais de 11 empregados e ambas as partes aceitarem a reintegração proposta pelo juiz).

Outras legislações estabelecem a faculdade de opção pela reintegração ou pagamento de indenização, sendo este o caso do México(sendo esta faculdade dada ao Juiz se provada pelo patrão a prestação de serviços em contato direto e permanente com ele, não havendo possibilidade de um desenvolvimento normal da relação de trabalho); Espanha (faculdade dada ao empregador, que não a exercendo, prevalece a readmissão) e Itália (para centros de trabalho com menos de 15 trabalhadores, se industriais ou comerciais, e de 5, se agrícolas, cabendo ao empregador o exercício da opção pela reintegração ou pagamento de indenização compensatória).

5. 2. 2. A legislação brasileira incidente sobre as relações de trabalho nas pequenas empresas

No Brasil, através da Lei nº 9.841, de 05 de outubro de 1999, foi instituído o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido a essas categorias de empresas, tendo como fundamento legal os artigos 170 e 179 da Constituição Federal.

Em seu art. 2º, I, a supracitada legislação define a microempresa como “a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita anual igual ou inferior a R\$ 244.000,00(duzentos e quarenta e quatro mil reais)”. Como empresa de pequeno porte, o inciso II do mesmo artigo qualifica “a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$ 244.000,00 e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00(um milhão e duzentos mil reais).”

No que diz respeito ao regime previdenciário e trabalhista, consoante o estabelecido no Capítulo V da Lei em comento, a isenção legal limitou-se a estabelecer

procedimentos simplificados, eliminando exigências burocráticas e obrigações acessórias incompatíveis com o tratamento simplificado e favorecido(art. 10). Por sua vez, os demais dispositivos do mencionado capítulo apenas disciplinam as isenções a que se refere o art. 10, excluindo a incidência de artigos que regem processos de fiscalização e estabelecem normas de conduta administrativa.

Numa comparação com as legislações estrangeiras mencionadas no item anterior, observa-se que o legislador nacional efetivou medidas de tratamento diferenciado e de favorecimento às micro e pequenas empresas bastante acanhadas, já que não colocou no patamar do tratamento econômico diferenciado o pequeno empregador. Isso se justifica, de certo modo, pela elevação ao grau constitucional de vários dos direitos trabalhistas hoje em aplicação nas relações de trabalho, em especial no art. 7º da Constituição Federal e no art. 10º do ADCT, muitos deles de repercussão econômica bastante acentuada sobre o pequeno empregador, como, por exemplo, décimo terceiro salário(VIII), adicional noturno(IX), 1/3 de férias(XVII), licença à gestante(XVIII), licença paternidade(XIX), aviso prévio(XXI), o que torna mais difícil a sua flexibilização. Aliás, em alguns aspectos dos direitos trabalhistas constitucionais, o próprio constituinte permitiu a sua flexibilização, tal como ocorre com a redução salarial(VI), compensação e redução de jornada de trabalho(XIII) e jornada em turnos ininterruptos de revezamento(XIV).

Ocorre, contudo, que todas essas flexibilizações estão vinculadas à negociação coletiva, na qual atua o sindicato obreiro ou ambos os sindicatos patronais e profissional, o que dificulta a flexibilização no caso das pequenas empresas. Isto porque, se inseridas na informalidade, só em razão desta ficam impedidas de realizar qualquer pacto coletivo.

Tem-se, ainda, que a existência do regime da unicidade sindical gera o absurdo da concentração, na mesma entidade representativa, de pequenas, médias e grandes empresas, inexistindo, pois, nessa situação, qualquer legitimidade ou efetiva representatividade por parte do órgão sindical. Isso sem falar no critério da base territorial, vinculada, no mínimo, a um município, quando se sabe que nas grandes cidades há acentuada divergência econômica e social entre as pequenas empresas, em razão dos logradouros onde se situam.

5. 3. A ineficácia social do direito sobre uma realidade sindical

Primeiro caso: a aplicação do Enunciado 330 do TST

Ao consolidar a redação do Enunciado 330¹⁴⁷, através de ato publicado no DJ de 18.02.1994, num procedimento de revisão do seu Enunciado 41, o Tribunal Superior do Trabalho alterou o entendimento que vinha sendo mantido quanto aos efeitos da quitação dada pelo empregado ao empregador na rescisão contratual, conforme o disposto no § 2º do art. 477 da CLT.¹⁴⁸

Claro que a revisão do enunciado 41 concretizada na nova súmula gerou polêmica entre os juristas laborais, havendo aqueles que defendiam a necessidade daquela revisão, por entender que a interpretação anterior não estava consonante com a realidade e nem com a própria redação da norma consolidada, objeto daquela nova orientação jurisprudencial. Nesse aspecto, são relevantes os comentários feitos por Francisco Antonio de Oliveira, que seguem nas linhas abaixo:

“O Enunciado, ora sob comento, está mais consentâneo com a lei quando fala em ‘parcelas’. O Enunciado 41 falava em ‘valores’. E disso resultou o incentivo à proliferação de demandas, já que a quitação dada perante sindicato somente valia no tocante ao valor recebido. Vale dizer que trabalhador poderia vir reclamar diferenças de todas aquelas parcelas pagas. E com isso também os sindicatos passaram a descuidar com vistas aos valores pagos em homologação, já que o trabalhador poderia a qualquer momento vir reclamar diferenças. E é até mesmo comum o mesmo sindicato que homologou a rescisão vir a juízo, assistindo o trabalhador, em busca de diferenças o que não deixa de ser uma confissão do mau desempenho de tais entidades resvalando mesmo na responsabilidade de tais órgãos.

¹⁴⁷ A expressão “enunciado” é utilizada pelo Tribunal Superior do Trabalho com o mesmo sentido do termo “súmula”.

¹⁴⁸ Enunciado 330 resultou de uma revisão do Enunciado 41, quanto aos efeitos da mencionada quitação, já que neste verbete sumular esta quitação limitava-se aos valores pagos na rescisão contratual. Com a edição da nova súmula, esta quitação passou a atingir não só os valores mas, também, os títulos a eles correspondentes, salvo se for ‘oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas’.

(...)

O direcionamento dado pelo Tribunal Superior do Trabalho, quando da edição da súmula 41, fora protecionista ao traduzir o vocábulo parcela por importância quitada. Isso ocorreu há duas décadas, quando o trabalhador não tinha o discernimento de hoje e nem os sindicatos estavam estruturalmente preparados.”¹⁴⁹.

Do outro lado, estavam aqueles doutrinadores que, em nome dos princípios norteadores do direito laboral e enxergando uma outra realidade social, criticavam a mudança radical do entendimento contido na nova súmula. Exemplos dessa corrente são as críticas tecidas por Júlio Bernardo do Carmo, em ensaio publicado na LTR, que se transcreve abaixo:

“Economicamente dependente, o trabalhador tem urgência em receber seus créditos trabalhistas, anuindo, desde logo, com os acertos rescisórios, por uma questão de sobrevivência, sendo que, atendidas as suas necessidades prementes e vitais, só posteriormente é que terá condição de perquirir sobre a exata extensão de seus direitos, ao procurar o Setor de Atermação da Justiça do Trabalho ou um advogado.”

(...)

A tese jurídica encampada no Enunciado 330 faz ouvidos moucos ao princípio da primazia da realidade, pois na briga entre o que ocorre na prática da vida e o que objetivamente aparece em documentos trabalhistas, deve ser dada preferência à realidade dos fatos, com a possibilidade de poder o empregado, com ou sem ressalvas, discutir a extensão do crédito trabalhista perante a Justiça do Trabalho, exatamente, porque, como ressaltado alhures, embora a quitação seja a prova mais completa do

¹⁴⁹ Oliveira, Francisco Antonio de. *Comentários aos Enunciados do TST*, . São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, pp. 808-810.

pagamento, não constitui prova exclusiva, sendo que o inadimplemento parcial da prestação pode ser evidenciado através de outros meios, tais como, presunções, confissão, depoimento de testemunhas, etc.”¹⁵⁰

Os aspectos anteriormente citados, mormente as opiniões doutrinárias sobre o tema, servem de intróito à narração do caso que ora é exposto: tratam-se de fatos revelados em audiência trabalhista relativa a uma ação ordinária proposta na Junta de Conciliação e Julgamento de São Luiz do Quitunde/AL, atualmente denominada de Vara do Trabalho de São Luiz do Quitunde-AL¹⁵¹, na qual atuamos como magistrado trabalhista, no exercício da titularidade daquele Juízo.

Na audiência acima citada, ocorrida em 28 de novembro de 1995, buscava o demandante provar a invalidade do termo de rescisão do seu contrato de trabalho, no qual constava como causa da sua ruptura o seu pedido de demissão, contendo, ainda, a devida homologação sindical. Alegava o demandante a incorrência da referida assistência por parte do sindicato, tendo recebido suas verbas rescisórias na sede da Usina de Açúcar empregadora e não no seu órgão de classe. Esta entidade ficava na cidade de Matriz do Camaragibe - AL¹⁵², onde foi contratado e desempenhou as suas atividades laborais, pertencendo ao sindicato dos trabalhadores rurais daquela localidade. Com a prova do aludido fato, além da declaração da invalidade do termo de rescisão, pretendia o autor que fosse reconhecida a sua dispensa imotivada e desconsiderados os efeitos da quitação dada na rescisão, conforme o previsto no Enunciado 330 do TST.

Após a oitiva das partes, passou-se ao interrogatório das testemunhas arroladas, dentre elas o Presidente do Sindicato ao qual estava filiado o obreiro e que era o subscritor da homologação sindical contida no termo rescisório. No seu depoimento, o referido sindicalista admitiu que, de fato, não estava presente quando da assinatura do termo de rescisão pelo ex-empregado e do pagamento das verbas rescisórias, só tendo

¹⁵⁰ Carmo, Júlio Bernardo do. Da eficácia liberatória da quitação advinda de homologação de rescisão contratual trabalhista – cotejo do Enunciado 330/TST com o princípio da legalidade. *In: Revista LTr*. Ano 58, nº. 03, pp. 303-309, p. 308.

¹⁵¹ Em decorrência de Emenda Constitucional n. 24, de 09.12.1999 que alterou o disposto no art. 116 da Constituição Federal.

¹⁵² O município de Matriz de Camaragibe sempre esteve incluído na jurisdição da Vara do Trabalho de São Luiz do Quitunde-AL, mesmo quando esta tinha a denominação de Junta de Conciliação de Julgamento.

assinado a homologação ali contida no dia seguinte. Embora os fatos acima narrados demonstrem uma grave e acentuada irregularidade, e, por esse motivo, foi reconhecida a invalidade do termo rescisório homologado, tal circunstância não passaria de mero caso isolado, sem uma importância maior para o exame da efetividade da norma trabalhista, se o sindicalista ouvido não tivesse afirmado, em seguida, que aquela situação por ele narrada era uma prática mais ou menos constante, ou seja, aquilo que poderia ser uma irregularidade singular, era, na verdade, “costume normal” naquela região.

Ora, a assistência sindical exigida no art. 477 da CLT tem por finalidade assegurar ao empregado o aconselhamento e a orientação necessárias à prática do ato. Para tanto, é também indispensável que a pessoa responsável pela homologação tenha as qualificações técnicas adequadas para a devida orientação.

No contexto narrado pelo sindicalista, a assistência, quando dada, era feita por qualquer membro da diretoria do sindicato, que não tinha as qualificações técnicas necessárias a uma orientação plena, em face da formação escolar quase inexistente. Dessa forma, o que se imaginar da rescisão feita sem nem sequer esta orientação pouco eficiente? Pior ainda, quando a rescisão é feita na sede do empregador. Será que o empregado se sentiria à vontade para discutir os valores da sua rescisão ou a causa da ruptura do seu contrato inseridos no termo? Caso o empregado recusasse assinar o termo e receber suas verbas rescisórias por não concordar com os dados ali inseridos, qual seria o meio de coerção ao empregador para que pague o que é devido, senão o ajuizamento de ação trabalhista cuja resolução tardaria, deixando o empregado à espera das verbas de natureza alimentar que necessita de forma imediata?

Não bastassem os aspectos negativos da realidade sindical abordada, nos termos acima narrados, outra situação mostrou-se mais grave ainda neste contexto: foi quando o sindicalista ouvido relatou que o sindicato recebia contribuições sindicais tanto de trabalhadores “fichados”, ou seja, com a carteira de trabalho anotada, quanto de trabalhadores contratados informalmente ou clandestinamente, tratando estes trabalhadores pelo termo de “cadastrados”, usado com mais frequência no meio rural. Para tanto, a Usina empregadora efetua os descontos sindicais nas remunerações de todos os trabalhadores – tanto fichados quanto cadastrados - e os repassa para o Sindicato. Fica claro que o

recebimento pela entidade sindical de valores referentes às mensalidades sindicais de trabalhadores que labutam na clandestinidade funciona como uma espécie de “cala boca” dado pela Usina, a fim de evitar denúncias e problemas com a fiscalização trabalhista.

Os acontecimentos ora expostos denotam uma realidade sindical totalmente diversa daquela imaginada por aqueles que defendem a nova versão jurisprudencial. Com efeito, o que se constata é a existência de um órgão de classe totalmente alheio às condições de trabalho dos seus associados e subserviente ao empregador, atuando seus dirigentes com um peleguismo a toda prova. Claro está que, diante desta realidade, a observância do disposto na súmula laboral exige, do operador do direito, um exame mais cuidadoso, se não restritivo dos efeitos das rescisões de contrato de trabalho de trabalhadores vinculados àquela entidade sindical.

Segundo caso: as comissões de conciliação prévia

Com a edição da Lei 9.958, em 13 de janeiro de 2000, e que entrou em vigor em 10 de abril do mesmo ano, o Governo buscou a adoção de mais uma forma de resolução dos conflitos trabalhistas, desta feita fora dos Tribunais do Trabalho, visando alcançar, também, uma redução acentuada no número de ações que anualmente aportam nesse ramo do judiciário.

Dispõe a Lei em comento que é facultativa a instituição da comissão de conciliação prévia, a qual deverá ser composta de membros representantes do empregador(es) e dos empregados, em número paritário. Estabelece, ainda, que ela poderá ser criada em 04 esferas, quais sejam: a) no âmbito da empresa, isto é, mediante um acordo celebrado entre a empresa e seus empregados, atuando o sindicato obreiro apenas como fiscalizador do processo de seleção dos representantes dos empregados; b) no âmbito do sindicato, através de convenção e acordo coletivo, observada sempre a representação paritária; c) no âmbito do grupo de empresas e d) no âmbito intersindical, ou seja, através de instrumento celebrado entre os sindicatos patronal e profissional.

Quanto à sua constituição – número de membros – e funcionamento, é dada ampla liberdade de estipulação às partes convenientes, desde que respeitadas as condições (mínimas) estabelecidas na lei.

Com efeito, não se poderia afirmar que as comissões de conciliação prévia seriam apenas mais uma forma de solução de litígios laborais. Isto porque, quando instituída, passa a ser uma espécie de instância extrajudicial obrigatória, como um novo pressuposto necessário à regularidade processual. Assim, o ajuizamento da ação trabalhista está condicionado ao exame do litígio com anterioridade pela comissão de conciliação prévia.

Em pesquisa realizada junto à Delegacia Regional do Trabalho, Seção Alagoas, foram adquiridos dados que apontam o registro naquele órgão de 22(vinte e duas) comissões de conciliação prévia. Dessas, apenas 4 dizem respeito à categorias de empregados urbanos, das quais 3(três) foram instituídas no âmbito intersindical, ou seja, tendo como partes convenientes os sindicatos patronal e obreiro. As demais – dezoito - estão relacionadas à sindicatos de trabalhadores rurais do Estado de Alagoas. Ou seja, mais de 81% das comissões criadas relacionam-se ao trabalho rural alagoano.

À primeira vista, poderia se afirmar até que estaria havendo uma maior preocupação no meio rural com os conflitos que envolvem capital e trabalho, sendo um ponto positivo o alcance de tamanho número de comissões de conciliação prévia. No entanto, esta afirmativa é apenas ilusória. Na verdade, o grande número de comissões no meio rural deve-se ao fato destas terem sido instituídas por acordo coletivo, ou seja, entre o sindicato e cada empresa agrícola. Este aspecto já mostra uma situação bastante curiosa, já que a criação de comissão no âmbito intersindical parece-nos mais eficiente, não só pelo fato dos custos serem menores, eis que rateados entre um maior número de participantes, mas pela possibilidade de proporcionar-se aos empregados um poder de negociação mais eficaz, já que o lado patronal estaria diluído nas diversas lideranças do segmento econômico correspondente.

Poderia se cogitar que a instituição dessas comissões através de acordo com a empresa, e não com o sindicato patronal, decorre de peculiaridades e diferenças existentes

nas localidades rurais onde se desenvolve o labor. No entanto, esta justificativa cai por terra quando se observa que dos 18 (dezoito) acordos coletivos celebrados, 12 (doze) possuem o mesmo conteúdo e palavras, sem alteração de qualquer vírgula, a não ser quanto ao nome das partes, como se fotocópias fossem uma da outra.

Se não bastassem os tópicos supracitados, que demonstram passividade e fraqueza, por parte dos sindicatos obreiros rurais, quando da celebração dos acordos coletivos, é nos conteúdos desses instrumentos coletivos que se acentuam os aspectos negativos da atuação dessas entidades. E isto pode ser melhor configurado fazendo-se uma comparação entre os termos elaborados nos instrumentos coletivos vinculados aos empregados urbanos e os termos adotados nos acordos coletivos rurais. Para tanto, tenhamos como parâmetro urbano a Convenção Coletiva celebrada entre o Sindicato dos Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de Alagoas e o Sindicato de Empregados em Comércio Hoteleiro e Similares do Estado de Alagoas. Do lado rural, utilizemos, como modelo, o Acordo Coletivo celebrado entre a Usina Santa Clotilde e o Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Messias e Satuba. Abaixo seguem os aspectos mais relevantes da comparação entre os referidos instrumentos coletivos.

a) a composição dos membros das comissões: pelo lado urbano, a comissão será composta de 04(quatro) representantes de trabalhadores e 04(quatro) representantes do sindicato patronal, sendo que os primeiros são integrantes da direção do sindicato obreiro e os segundos também ocupantes de cargo de direção no sindicato patronal ou pessoas contratadas às custas do sindicato. O prazo do mandato corresponde ao prazo do mandato na direção do sindicato. Pelo lado rural, a comissão será composta de 2(dois) representantes dos trabalhadores e 2(dois) representantes indicados pela Usina, com igual número de suplentes e mandato coincidente com o prazo de vigência do acordo coletivo. Um aspecto interessante é que os representantes dos trabalhadores serão, sempre, dirigentes ou delegados do sindicato, mas, “de preferência”, empregados da Usina(grifo nosso). Observa-se, ainda, que o item 5 da cláusula terceira faculta às partes convenientes a substituição, a qualquer tempo, dos membros que compõem a comissão, bastando uma comunicação com antecedência de 05(cinco) dias. Esta norma contraria o disposto no §1º do art. 625-B, que garante a estabilidade no emprego dos membros da comissão de conciliação, tanto titulares

quanto suplentes, até um ano após o término do mandato. Assim, substituído o membro, este perderá a estabilidade, podendo ser demitido, o que vai contra a essência da referida norma e pode dar margem a pressões sobre os membros da comissão, durante o exercício do mandato;

b) local de funcionamento da comissão de conciliação prévia: na convenção urbana, a comissão funciona em local neutro, tendo como fonte de arrecadação para o seu custeio, o valor de R\$ 40,00(quarenta reais), em havendo conciliação, sendo 25% deste valor pago pelo empregado e 75% pago pelo empregador. No que diz respeito ao acordo coletivo rural, o item 1 da cláusula 4^a estabelece que a comissão funcionará “em local adequado e reservado, providenciado pela Usina”, ficando por conta desta os custos da manutenção do local(destaque nosso);

c) forma de funcionamento das comissões : estabelece a convenção urbana que a comissão de conciliação funcionará em 3(três) dias da semana, sendo facultado às partes o direito à assistência por advogados, seja do próprio sindicato ou particulares, ficando a critério do empregado e do empregador tal escolha. Já no meio rural, a comissão reunir-se-á pelo menos um dia da semana, em audiências que “não serão públicas, pelo que não será permitido o acesso de pessoas estranhas aos acontecimentos”. É garantido o pagamento de honorários sindicais, na base de 5% do valor do acordo, não sendo possível ao empregado a assistência de advogado de sua escolha, mas apenas de advogado do sindicato.

Ora, os aspectos acima aduzidos, mediante as comparações feitas, só comprovam a fragilidade de boa parte do sindicalismo rural no Estado de Alagoas, por demais passivo no enfrentamento de questões tão importantes para a classe trabalhadora.

O que se esperar de uma comissão criada no âmbito do sindicato obreiro para promover a solução mais rápida e satisfatória dos conflitos laborais, mas que tem as suas regras de funcionamento e composição tendentes a facilitar uma abordagem repressiva por parte do empregador ? Não temos dúvidas de que os frutos a serem colhidos nessas comissões dificilmente serão favoráveis ao trabalhador, tornando-se, na verdade, mais um instrumento de dominação constituído.

5. 3. 1. Aspectos que influenciam na formação da consciência de classe no meio rural

Os casos relatados nos itens anteriores configuram uma realidade sindical bastante precária no que diz respeito à essência da sua existência. Com efeito, tal situação denota um nível de consciência crítica bastante aquém do desejado, inexistindo sequer uma preocupação com os direitos mínimos dos trabalhadores, e, pior ainda, proporcionando, em contrapartida, mais um ponto em favor do capital ou das forças proprietárias dos meios de produção.

Segundo explica a pesquisadora social Izaura Rufino Fischer, baseada em lições de Bobbio, Paulo Freire e Sérgio Hadad, “a conscientização mantém laços indissociáveis entre ação e reflexão sobre o mundo. É uma atitude crítica do homem na história, que se renova diante de cada novo objeto de reflexão. Compreende o desvelar da realidade para conhecer discursos míticos que ajudam a manter a estrutura dominante. Aprender tais discursos significa decodificar a representação da situação no seu contexto real, revelando sua visão de mundo.”¹⁵³

Para Paulo Freire, expõe a ilustre autora, “o processo de conscientização é abrangente e renovável pois acompanha o desenvolvimento da sociedade. Tal processo é construído de experiências individuais que se somam ao coletivo, entrelaçando-se com a consciência de classe”.¹⁵⁴

Mas, enfim, quais os fatores que levam ou contribuem para que o trabalhador desenvolva esta consciência ?

Em pesquisa desenvolvida na região do submédio São Francisco, mais precisamente em projetos de irrigação situados na microrregião de Juazeiro/BA e microrregião de Petrolina/PE, a pesquisadora já citada buscou elementos para estudo sobre a

¹⁵³ Fischer, Izaura Rufino. *A trabalhadora rural. Conscientização política e social na empresa agrícola moderna*, Recife : Massangana, 2000, pp. 31-32.

¹⁵⁴ Fischer, Izaura Rufino. *Idem.*, p. 33.

trabalhadora rural e seu nível de conscientização política e social na moderna empresa agrícola.

Na conclusão do seu trabalho, a referida autora aponta diversos aspectos diferenciadores entre empresas de pequeno, de médio e grande porte, havendo um maior potencial de desenvolvimento da conscientização crítica dos trabalhadores vinculados às duas últimas categorias empresariais. Isto em razão, principalmente, da administração a distância, ou atuação indireta do proprietário, preservando os trabalhadores do paternalismo, aliciamento, cooptação etc., que tendem a adormecer a consciência crítica deles. Além disso, notou-se que apesar da ausência de participação dos trabalhadores na administração, mostrando-se uma preservada hierarquia, há, no entanto, um maior acesso aos comandos da empresa, além de uma maior descentralização nas tomadas de decisões.¹⁵⁵

Ora, em relação ao contexto acima citado, vê-se que os modelos organizacionais da maioria das empresas sucroalcooleiras alagoanas fogem ao modelo organizacional encontrado pela mencionada pesquisadora, embora trate-se, em sua maioria, de empresas de médio porte.

Durante o período de 5(cinco) anos em que atuamos como magistrado do trabalho nas Juntas de Conciliação e Julgamento de União dos Palmares, São Miguel dos Campos, Penedo e São Luiz do Quitunde, tendo a oportunidade de lidar com causas em que estavam envolvidas as empresas agrícolas que celebraram os acordos coletivos citados no item 3, tivemos a oportunidade de observar que todas, sem exceção, são empresas familiares, ou seja, administradas ou dirigidas por pessoas do mesmo âmbito familiar, sem a participação de terceiros nos níveis de direção de maior grau. Por conta disso, a hierarquia existente é bastante rígida, não havendo uma descentralização nas decisões administrativas.

Some-se a isso a relação entre proprietários e trabalhadores num clima de subserviência cultural e, às vezes, com vínculos paternalistas, o que faz com que o trabalhador evite falar dos problemas enfrentados na empresa, perante o seu patrão.

¹⁵⁵ Fischer, Izaura Rufino. Op. cit., pp. 175-176.

Por outro lado, em relação às empresas com grau de direção mais diversificado, informa Izaura Rufino que “nas empresas pesquisadas, as trabalhadoras passam por um processo de aculturação no ambiente de trabalho que lhes permite desenvolver o nível de consciência crítica e praticar, com frequência, a mediação na empresa, o que é favorecido pelo sistema de administração adotado”.¹⁵⁶ No referido contexto, é importante frisar que, excetuando os sindicatos com atuação meramente assistencialista e cuja tendência é desaparecerem ou assumirem, de vez, uma postura política, os sindicatos mais atuantes politizam o trabalhador, através das experiências participativas vivenciadas, individual ou coletivamente, com reuniões e debates sobre as condições de trabalho. Com efeito, comenta a pesquisadora, “numa evidência de consciência social, as trabalhadoras identificam no contexto da modernização agrícola, interesses e alianças de classe nas esferas do Estado, dos capitalistas e dos trabalhadores. Percebem na aliança de classe que o governo obtém benefícios políticos; os empresários, benefícios financeiros; e os trabalhadores benefícios sociais, ou seja, o emprego que lhes garante a sobrevivência.”¹⁵⁷

No mencionado contexto sindical, objeto desse estudo, não se observou entre a classe trabalhadora e as empresas a existência de uma abertura de livre negociação, na sua acepção mais ética. A celebração de acordos como os já citados, estipulando-se condições totalmente adversas aos interesses dos trabalhadores e de forma única e igualitária para a maioria das localidades e sindicatos envolvidos, é comprovação suficiente da precariedade quanto à liberdade de negociação entre esses entes, inexistindo qualquer independência por parte da entidade representativa dos obreiros. Por conseguinte, demonstrado está o baixo nível de consciência de classe reinante no meio rural sob análise.

5. 3. 2. O papel do Estado na formação da consciência sindical

Um outro tópico importante apontado por Izaura Rufino, e que consideramos como importante para o desenvolvimento de uma maior consciência do trabalhador rural, diz respeito à participação do Estado na modernização agrícola, fornecendo infra-estrutura e outros incentivos para estimular a instalação de empresas agrícolas modernas. Além

¹⁵⁶ Fischer, Izaura Rufino. Idem., p. 116.

¹⁵⁷ Fischer, Izaura Rufino. Idem., p. 177.

disso, é imprescindível que haja políticas públicas direcionadas à educação, saúde, saneamento básico e outras garantias mínimas para uma condição humana mais condigna.

Com efeito, no Projeto de Irrigação Nilo Coelho, que está localizado à margem esquerda do Rio São Francisco, circundando a zona urbana da cidade de Petrolina, numa das áreas pesquisadas, o sindicato obreiro apresentou-se mais coerente com o papel político que a entidade de classe deve ter. Constatou a pesquisadora que o perímetro é servido por rodovias federais que ligam a referida cidade a várias capitais do Nordeste, facilitando o escoamento da produção, que é realizado, também, através de vias férreas, aeroviária e fluvial. Além disso, foi observado que, no aludido perímetro, existem 3 centros de serviços médicos, 11 núcleos habitacionais, compreendendo 1.796 residências, todas servidas de energia elétrica, saneamento básico, posto médico, rede escolar e estradas ligando os núcleos às parcelas agrícolas.¹⁵⁸

Comenta a pesquisadora, ainda, que o Município de Petrolina/PE encontra-se bastante desenvolvido, com uma infra-estrutura de cidade-capital, possuindo o segundo maior aeroporto do Estado de Pernambuco, bem como diversas vias pavimentadas, além de transporte fluvial e ferroviário até a cidade de Salvador. O serviço de comunicação é satisfatório, sendo prestado por entidades federais, estaduais e municipais, havendo duas emissoras de rádio AM e FM. Grande parte da população (60%) é beneficiada com saneamento básico e água tratada, sendo que a energia elétrica atinge áreas urbanas e rurais.

No que diz respeito à educação, o município é servido por 216 escolas públicas, inclusive um Centro de Atenção Integral à Criança(CAIC) e 37 escolas particulares, oferecendo, ainda, ensino superior em Administração de Empresas e Licenciatura. Tem também cursos técnicos profissionalizantes ofertados pela Escola Técnica Federal, Escola Agrotécnica Federal, Senac e Senai. Com relação à área de saúde, Petrolina é servida por 8 hospitais e clínicas, dispondo-se de aproximadamente 500 leitos e 187 médicos. Além de um distrito industrial, a cidade conta, ainda, com alguns supermercados e *shopping center*, sendo bastante diversificado o mercado, com cerca de mais de 2.000 empreendimentos comerciais. Some-se aos dados acima fornecidos a

¹⁵⁸ Fischer, Izaura Rufino. Op. cit., pp. 40-41.

existência de programas sociais, principalmente direcionados à criança carente, mas também vinculados ao idoso, ao deficiente e às gestantes. No entanto, esses programas sociais, destaca a pesquisadora, servem, também, para objetivos imediatistas e clientelistas, principalmente por socorrerem os usuários apenas através de donativos, não havendo a participação da população beneficiada na gestão dos programas.¹⁵⁹

Sem dúvida, os dados fornecidos na pesquisa acima citada, em relação à cidade de Petrolina, justificam porque a participação do Estado é tão importante na formação da consciência crítica do trabalhador rural e, por conseguinte, na consciência de classe. Isto torna-se mais claro quando observamos dados, por exemplo, da cidade de Matriz do Camaragibe/AL, localidade do sindicato vinculado ao primeiro caso narrado nesta exposição e que tivemos acesso e a oportunidade de conhecer através de página do Estado de Alagoas na *internet*, bem como pelas observações feitas no período de 3 anos de trabalho prestado naquela região.

Situado no litoral norte alagoano e com população em torno de 23.000 habitantes, o município tem como atividade econômica a agricultura de subsistência e a cultura da cana-de-açúcar, cultura esta que vem atravessando dificuldades de ordem financeira e econômica, somando-se a isso a sua sazonalidade típica. Em termos de educação, oferece 5.660 vagas em escolas públicas, a maioria estaduais e situadas na área urbana, onde há uma maior concentração populacional.

No que diz respeito à saúde, o Município em questão oferece apenas 5 postos de atendimento, não possuindo centro médico e nem tampouco hospital. O comércio é bastante precário, tendo como época de maior movimento o período de moagem na Usina. Tem como única via de acesso a outras cidades a rodovia estadual 104, que liga Alagoas a Pernambuco e que se situa à margem da cidade. Recentemente, com as fortes chuvas ocorridas nos primeiros 09 meses de 2000, houve uma grande enchente que desabrigou vários moradores, tornando precária, temporariamente, a distribuição de alimentos e medicamentos em virtude da queda de ponte situada na rodovia estadual e próxima à

¹⁵⁹ Fischer, Izaura Rufino. Op. cit., pp. 47-48.

cidade. É importante, no presente contexto, a transcrição contida no próprio *site* do Estado de Alagoas a respeito da sua economia, como segue abaixo:

“A estagnação da economia de parte das microrregiões da Zona da Mata se deve à redução da área plantada com cana-de-açúcar, sem que tenha havido a substituição por outra cultura que proporcionasse alto valor agregado.

(...)

Ao lado do desequilíbrio do crescimento econômico do Estado de Alagoas, agrava-se a situação das finanças públicas, tanto do governo estadual como dos governos municipais. Se, por um lado, há necessidade de investimentos em infra-estrutura, por outro lado reduz-se a capacidade de o governo fazer os investimentos necessários para atrair a iniciativa privada, como, por exemplo, nas áreas de turismo. Além disso, o Estado está quase que impossibilitado de atrair recursos federais e de bancos multilaterais devido à incapacidade de oferecer contrapartida.

Todos esses aspectos rebatem, em primeiro lugar, nas atuais condições de vida da maioria da população. É por esse motivo que os indicadores sociais sintetizados no IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) colocam Alagoas, junto com todos os Estados do Nordeste, como a região de mais baixo desenvolvimento humano do País, principalmente os municípios situados na área do Polígono das Secas.”¹⁶⁰

Comparando-se, pois, os dados relativos aos municípios pesquisados por Izaura Rufino e os correspondentes ao município alagoano descrito acima, chega-se a um dos fatores que mais contribuem para o nível de consciência de classe existente entre os sindicatos rurais alagoanos: a presença ínfima do Estado na realização e implementação de políticas públicas que venham a dar melhor condição de vida ao trabalhador.

¹⁶⁰ Informações obtidas junto à Secretaria da Fazenda Estadual de Alagoas no seguinte site: <http://www.alagoasonline.eti.br/alon/economia/economia.htm>.

De tudo o exposto até o momento, conclui-se que, devido à sua natureza, as entidades sindicais podem assumir uma característica principal de órgão integrador dos trabalhadores, atuando no legítimo exercício da representatividade de classe que ostentam. Entretanto, tal representatividade pode apresentar diversas faces, a exemplo das situações já relatadas neste item, cabendo ao Estado a função de torná-la, através de políticas públicas, legítimos instrumentos de luta e de desenvolvimento.

No sistema capitalista, como o nosso, embasado no discurso e modelo neoliberal que prega o Estado Mínimo, é notória a preocupação em resguardar a rentabilidade das empresas, em detrimento de uma satisfatória remuneração do fator trabalho. Dessa forma, o Estado, como representante dos detentores do capital, procura apoderar-se ou moldar as organizações sindicais de trabalhadores para colocá-los em consonância com os objetivos daqueles. Quando isto ocorre, tais entidades desvirtuam-se, submetendo-se aos desejos do capital e assumindo a função de controle sobre os trabalhadores, num trabalho de dominação ideológica. Nesse contexto, com o baixo nível de consciência crítica alcançado pelo trabalhador, de nada valem os mecanismos legais postos à sua disposição.

O distanciamento entre a realidade sindical aqui analisada e as normas trabalhistas cuja ausência de efetividade foi constatada, decorre, dentre outros fatores, das desigualdades sociais existentes num país de tamanho continental. Aliás, o desconhecimento das desigualdades reais é uma nota dominante no sistema capitalista, o que ocorria no Estado Liberal, como sustenta Machado Neto. E o direito do trabalho, comenta o renomado jurista, nasceu justamente das críticas do pensamento socialista emergente ao influxo da questão social, como uma das muitas exceções que foram sendo forçadas, constituindo-se como espécies de estreitas seteiras por onde o sistema legal lograva contemplar a paisagem por vezes desumana da desigualdade social.¹⁶¹

Embora a aplicação das leis trabalhistas nesta realidade sindical dê-se de forma precária, não se está a defender a mudança na legislação para atender às peculiaridades daquela realidade sindical. Na verdade, as desigualdades sociais ali

¹⁶¹ Machado Neto, Antonio Luís. *Sociologia Jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1987, p. 279.

detectadas só podem ser combatidas com mudanças radicais nas políticas públicas atuais, promovendo-se a integração dos mais pobres ao sistema econômico, retirando-os da informalidade e garantindo-lhes a proteção fornecida por mecanismos tradicionais, para, assim, tornar-se possível a concretização do direito a uma representação sindical atuante. Nada mais fará o Estado Brasileiro, em agindo da forma acima citada, do que cumprir uma das premissas da sua ordem econômica – a garantia do pleno emprego prevista no *caput* do art. 170 da C.F./88 -, num passo gigantesco rumo à Justiça Social.

CAPÍTULO 6. A CRISE DO ESTADO E DO DIREITO COMO FATORES QUE CONTRIBUEM PARA A INEFICÁCIA SOCIAL DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

6. 1. A crise do Estado

As situações apresentadas no capítulo anterior denotam a total incompatibilidade das normas ali expostas com algumas das realidades sociais e econômicas sobre as quais incidem, não se alcançando o que tem a doutrina denominado de eficácia social – ou efetividade - do direito.

Com efeito, as realidades ali apontadas são fruto de uma política econômica refém de um processo mundial de interação econômica entre os países, qual seja, a globalização, que cria, extingue, altera e impõe novas situações sociais, políticas e econômicas, como se observa nos comentários abaixo de José Eduardo Faria:

“Ampliando a diferenciação funcional dos sistemas econômico e social num ritmo jamais visto anteriormente, o fenômeno da globalização também tornou as identidades mais lábeis e polimorfos. Fechou, mais do que criou, postos de trabalho. Transferiu renda do operariado semi-especializado ou mono-especializado do setor industrial para uma nova aristocracia de trabalhadores no setor de serviços. Generalizou e acentuou os contrastes entre pobreza e riqueza, miséria e opulência, centro e periferia. Enfraqueceu e subverteu os marcos de referência social até então prevaletentes, baseados na família, no trabalho e na comunidade. Modificou as concepções de obrigação moral e de legitimidade. Alterou os padrões ético-políticos. Multiplicou as ameaças e os perigos inerentes ao desenvolvimento técnico-industrial, para cuja neutralização as diferentes instituições revelaram carecer de instrumentos eficazes de calculabilidade, prevenção, controle, limitação dos danos e responsabilização legal. Pôs em questão o estatuto científico e as potencialidades explicativas e justificativas dos saberes subjacentes à organização das esferas de ações individuais e coletivas. Acelerou a defasagem, a superação e fragmentação dos esquemas analíticos

e dos mapas conceituais vigentes, tornando-os qualitativamente incapazes de dar conta dos novos problemas sociais, econômicos e políticos. Levou os termos e argumentos correntes na economia a se generalizar, quer na linguagem comum, quer nos discursos especializados dos diferentes domínios da vida contemporânea. E, por fim, conduziu à disseminação de tecnologias sociais baseadas exclusivamente em critérios e valores como eficiência, competitividade e acumulação, retirando do universo do capital, da produção e do trabalho qualquer sentido de orientação humanamente significativa.”¹⁶²

Diante do cenário tão bem exposto pelo ilustre jurista, emerge a intensa preocupação com o impasse hoje vivido pelo direito positivo, entendido, convencionalmente, como o ordenamento jurídico do Estado-nação, e que, em face de sua vinculação a uma integridade lógica e a uma racionalidade formal, corre o risco de não acompanhar a dinâmica dos fatos, tornando-se ineficaz e socialmente desprezado ou até descartável, o que já se demonstrou, inclusive, nas realidades expostas no Capítulo 6. Nesse contexto, defende Eduardo Faria que, para não ter comprometida a sua identidade sistêmica, a ponto de perder a sua referência normativa, não pode o direito deixar-se seduzir “pela tentativa de controlar e disciplinar diretamente todos os setores de uma vida social econômica e política cada vez mais tensa, instável, imprevisível, heterogênea e complexa, substituindo a preocupação com sua unidade dogmática pela ênfase a uma eficiência instrumental, diretiva e regulatória”.¹⁶³

De fato, está embutida nesta questão uma crise pela qual passa o direito positivo, incapaz de regular a vida social e econômica de forma efetiva e em consonância com as realidades hoje existentes. Mas sendo o direito uma criação do Estado, é indubitável que a sua problemática atual tenha como pressuposto a própria crise das instituições políticas que dão sustentação ao arcabouço jurídico estatal. Nesse sentido, não se poderia

¹⁶² Faria, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 1999, pp. 8-9.

¹⁶³ Faria, José Eduardo. *Idem.*, p. 9.

falar em crise do direito sem um reconhecimento da crise hoje vivenciada pelo próprio Estado, a qual, em nossa opinião, está atrelada basicamente à questão da representatividade política, considerando-se a forma de Estado Democrático de Direito adotada no nosso país e a difícil relação entre a soberania estatal e o processo mundial de globalização econômica que atinge todos os Estados Nacionais.

6. 1. 1. O problema da representatividade política no regime democrático

Defendem Erinalva Medeiros Ferreira e Jose Loli Ruiz Resa, numa visão realística da crise inerente aos processos democráticos, que nesses sistemas o que se vê é uma mera igualdade formal, resultante de uma representação política vertical que, ao invés de exercer um controle não só do poder político mas também sobre a realidade econômica e social, dissocia tais esferas, criando, de fato, uma democracia meramente formal e não real.¹⁶⁴

Para Dahl, salientam os autores acima citados, a representação política teria a vantagem de permitir a extensão do sufrágio político a grandes comunidades, possibilitando a aplicação do sistema democrático aos Estados de maior população. No entanto, “unida al creciente poder de los partidos políticos, la disciplina a que someten a sus disputados, y la homogeneización de la cultura, frustra de manera importante el acceso a la vida política de las distintas fuerzas sociales. Esto es, frustan una participación igualitaria y plural de los individuos en el gobierno de sus estados.”¹⁶⁵

Em verdade, com a mudança do Estado democrático liberal para o Estado democrático social, renovou-se a esperança num avanço do processo evolutivo da democracia. Esta mudança representava uma superação da dualidade igualdade formal/desigualdade material, colocando, ao lado dos direitos políticos e civis, os direitos econômicos e sociais, com a concretização de uma política redistributiva e interveniente no setor econômico, diante da realização daqueles direitos. Além disso, estaria garantida a

¹⁶⁴ Medeiros, Erinalva, Reza, Jose Loli Ruiz . Democracia, igualdad y participación. *In: Revista Direitos & Deveres*. Universidade Federal de Alagoas, Centro de Ciências Jurídicas - CJUR. Maceió : Imprensa Universitária. n.º. 1, 1997, pp. 42-44.

¹⁶⁵ Medeiros, Erinalva, Reza, Jose Loli Ruiz. Op. cit. pp. 43-44.

participação de todas as forças sociais, através de instrumentos legitimados para regular os interesses conflitantes entre os indivíduos frente ao poder executivo.¹⁶⁶

No entanto, frustradas foram as expectativas em torno da democracia social para a efetivação da igualdade e participação no processo democrático. Diante desse contexto, as alternativas que se vislumbram para a resolução desta crise passariam por uma volta ao absolutismo estatal, no qual o Estado substituiria as forças sociais contraditórias, no sentido de ditar as regras necessárias a evitar uma cisão na sociedade. Ou, como defendem os autores, buscar-se-ia um caminho pelo qual houvesse uma reformulação na participação democrática, em todos os níveis da realidade social e econômica, tornando-a, efetivamente, uma concretização da democracia real.¹⁶⁷

Vemos, portanto, nas lições expostas, que o problema fundamental da crise sempre existente na democracia reside na deficiência da representação política, sem a efetiva participação de todas as forças sociais, principalmente daqueles segmentos representativos dos membros mais hipossuficientes na sociedade, gerando uma igualdade meramente formal no processo democrático.

Observa-se na teoria da justiça como equidade, elaborada por John Rawls, que é justamente na ausência de igualdade real numa democracia representativa, segundo o nosso entendimento, que está centrado o caráter utópico daquela teoria. Com efeito, isto se verifica quando observamos que este pensador idealizou uma situação fática na qual a representação política estaria, de fato, sedimentada numa igualdade real entre os seus membros, utilizando-se, para tanto, do artifício do “véu da ignorância”, aliado a uma concepção de pessoa, reduzida às faculdades humanas estritamente necessárias àquele processo político e conectadas, ainda, a uma concepção de cooperação social inerente àqueles membros. Ou seja, para gerar a igualdade necessária a um processo democrático, Rawls decidiu por uma efetiva eliminação, no plano do conhecimento de cada participante, de todas as singularidades sociais e econômicas, aliada a uma restrição das concepções culturais e morais nocivas à igualdade ali pretendida. Mais ainda: concluiu Rawls que aquelas condições impostas à “posição original” só seriam definitivamente afastadas após a

¹⁶⁶ Medeiros, Erinalva, Reza, Jose Loli Ruiz. Op. cit., p. 45.

¹⁶⁷ Medeiros, Erinalva, Reza, Jose Loli Ruiz. Idem, pp. 46-47.

efetiva realização das instituições componentes da estrutura básica da sociedade, à luz dos princípios de justiça acordados na “posição original”.¹⁶⁸ (destaques nossos).

Embora utópica a concepção política de justiça criada por Rawls, tal aspecto não afasta a importância desta. Aliás, como ensina Karl Larenz, “o tipo ideal normativo não quer ser ‘cópia’ da realidade, mas ‘modelo’ ou também ‘arquétipo’. Neste sentido, por exemplo, o Estado platônico é um ‘tipo ideal normativo’....Trata-se aqui de um modelo perfeito, a que se deve aspirar, se bem que se não possa realizar em toda a sua pureza. O homem precisa decerto de tais modelos perfeitos para, em conformidade com eles, orientar a sua ação;...”¹⁶⁹ Neste sentido, a teoria da justiça como equidade pode servir para uma reflexão sobre o momento crítico pelo qual passa a democracia nos Estados que a adotaram como regime de governo.

Afastada, de plano, qualquer possibilidade de aplicar-se a mesma situação hipotética idealizada por Rawls ao mundo real, não podemos, entretanto, deixar de refletir que talvez o alcance de uma participação igualitária de todas as forças sociais, passe, também, por medidas de caráter restritivo ou eliminatório de direitos de natureza política, no que diz respeito ao processo de escolha daqueles que vão exercer a representação democrática, gerando, assim, as condições necessárias àquele objetivo.

Com efeito, os critérios para a escolha dos representantes não podem sobrepor-se ao direito de todos os membros da sociedade em ter a sua legítima e efetiva representação no poder político do Estado. Como os critérios adotados no processo democrático não priorizam esse direito, a participação igualitária inexistente, causando sempre um prejuízo maior às classes menos favorecidas, em face do poder econômico e social das classes mais abastadas.

Assim, como Rawls recorreu à restrição e à eliminação de direitos e de concepções pessoais e culturais para a concretização de direitos individuais, como as liberdades básicas com igualdade de oportunidades para todos, elevando tais direitos à

¹⁶⁸ Rawls, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo : Martins Fontes. 1997. pp. 146-156.

¹⁶⁹ Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamengo. Lisboa : Fundação Calouste Gulbekian. 2ª ed. pp. 564-565.

condição de princípio basilar da justiça , não se poderá chegar a uma democracia real sem que se busque a adoção de medidas que, mesmo que venham a restringir direitos políticos de alguns, tenham, por objetivo, alcançar um direito de todos, qual seja, de uma efetiva participação no processo democrático. Nesse sentido, entendemos como plenamente admissível a exclusividade do financiamento público das campanhas políticas, o voto distrital ou misto e outras medidas que venham a assegurar aquela efetividade.

Na verdade, a democracia, aqui tratada convencionalmente como sendo a forma de governo exercida em nome do povo e para o povo¹⁷⁰, está vinculada umbilicalmente à questão do exercício pleno da cidadania, sobre a qual consideramos válido o posicionamento de Luiz Bolzan, no sentido de que deve ser vista sob dois aspectos, que são o seu conteúdo e a sua extensão. Em relação ao conteúdo, divide-o Bolzan em consonância com os direitos fundamentais orientadores do Estado, pelo que assevera como primeiro grupo ou de primeira geração aqueles de índole política, vinculados ao princípio da liberdade gerados pelo liberalismo e representam, portanto, o exercício da cidadania com liberdade política. Um outro grupo de direitos, que também poderia ser denominado de direitos de segunda geração, teria uma natureza eminentemente social, já que são direitos prestacionais que estão ligados ao próprio estado de bem-estar e amparados no princípio da igualdade. Por fim, estabelece ainda Bolzan uma cidadania de terceira geração que estaria ligada à fraternidade ou à solidariedade.¹⁷¹

¹⁷⁰ Sobre o conceito de democracia, comenta Willis Santiago que “Eminentes politicólogos concordam em que o conceito mais simples e igualmente mais significativo de democracia é aquele que elaborou HERÓDOTO DE HALICARNASSO e que LINCOLN ampliou ao pronunciar o célebre discurso em Gettysburg: o governo do povo, para o povo, pelo povo. Assim considerado, o termo democracia diz respeito, primeiramente, a uma forma de governo por muitos, em oposição a governo por um – governantes cuja autoridade procede do povo, atuando para o bem do povo; governo pelo povo, em oposição a governo por um tirano, ditador ou rei absoluto.” (Filho, Willis Santiago. *Teoria política do direito: uma introdução política do direito*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000, p. 73).

¹⁷¹ Bolzan, Luiz . Cidadania. In: *Anais : 1.º Congresso Estadual dos Magistrados de Pernambuco : 07 a 10 de dezembro de 2000 / AMEPE, ESMAPE*. Recife : AMEPE : ESMAPE, pp. 342-378, 2001, pp. 367-369.

No que diz respeito ao aspecto da extensão da cidadania, Bolzan a relaciona à expansão dos espaços para as discussões e decisões democráticas, como se observa nos comentários seguintes:

“Temos hoje os espaços chamados regionais, que são essas comunidades regionais; temos o espaço internacional, e o espaço local, e de alguma maneira, a idéia do poder local, da localização, de trazer para perto ou de aproximar a ação da cidadania está muito presente hoje em dia em muitas estratégias. A própria democracia participativa, a idéia do municipalismo, a idéia do associativismo, ou seja, a sociedade se autonomizando do poder público e ela mesma assumindo tarefas públicas, isto é, a idéia de um espaço público e não estatal, no qual houve a possibilidade de uma prática de atos de cidadania.”¹⁷²

Podemos, pois, com respaldo nos tipos de cidadania estabelecidos pelo ilustre professor gaúcho e, em especial, no aspecto do seu conteúdo, defender que a restrição de direitos mencionada linhas atrás como condicionante para uma efetiva participação popular na escolha dos representantes políticos, nada mais seja do que uma ponderação entre o exercício da cidadania com liberdade e da imprescindível cidadania com igualdade, a partir do momento em que a redução de uma liberdade política (direito a ser votado) implique a realização do direito à igualdade de todos (de participar em condições de igualdade no pleito eleitoral).

6. 1. 2. A questão da soberania estatal diante do processo de globalização econômica

Assevera José Eduardo Faria que “a *soberania*, em seu significado moderno, diz respeito a um poder de mando incontestável numa determinada sociedade política; um poder *independente, supremo, inalienável* e, acima de tudo, *exclusivo*. Ou seja, um poder

¹⁷² Bolzan, Luiz . Cidadania. In: *Anais : 1.º Congresso Estadual dos Magistrados de Pernambuco : 07 a 10 de dezembro de 2000 / AMEPE, ESMAPE*. Recife : AMEPE : ESMAPE, pp. 342-378, 2001, p. 370.

sem igual ou concorrente, no âmbito de um território, capaz de estabelecer normas e comportamentos para todos os seus habitantes.”¹⁷³

Entretanto, explica o renomado autor que o aludido conceito não foi estabelecido em um só momento, mas num “longo processo de eliminação de particularismos das ordens locais, de elisão dos ‘corpos’ sociais com jurisdições autônomas, de unificação e concentração de poder, de afirmação do primado da lei estatal sobre os costumes, os cânones da Igreja e as convenções corporativas;...”¹⁷⁴(destaques do autor)

No plano teórico, continua Eduardo Faria, as sucessivas tentativas e esforços para uma racionalização jurídica do conceito de soberania como poder absoluto foram direcionadas na busca de três objetivos básicos: “(a) a transformação da *força bruta (Macht)* em *domínio*; (b) a conversão do *poder de fato* em *poder de direito*; e (c) a outorga ao processo político de uma estrutura normativa capaz de propiciar a conjugação de *estabilidade com mudança* e de *legalidade com legitimidade*.”¹⁷⁵(destaques do autor).

Se no início do Estado moderno a soberania estava vinculada ao poder do soberano, ao qual cabia dizer o direito, tal poder passou a sofrer limitações com o passar da história, pelo que Eduardo Faria distingue três momentos importantes para a eliminação deste e a consagração do poder popular, como se observa nos comentários abaixo:

“Nos primórdios do Estado moderno, portanto, o direito é reduzido à lei imposta pelo soberano, sendo superior a todas as demais fontes de normatividade. No entanto, pode essa lei ser editada e aplicada de modo absoluto, ou seja, sem freios e limites, sem previsibilidade e certeza – enfim, sem um mínimo de segurança ? Pondo-se a indagação em outros termos, o

¹⁷³ Faria, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 1999, p. 17.

¹⁷⁴ Faria, José Eduardo. *Idem.*, p. 19.

¹⁷⁵ Faria, José Eduardo. *Idem.*, p. 20.

soberano se encontra numa posição *supra legem* ? Ou, pelo contrário, também está circunscrito pelas leis que ele próprio edita ? Refletindo assim um processo de crescente diferenciação funcional, estas indagações conduzem, (a) num primeiro momento, aos problemas da limitação do exercício do poder, mediante sua divisão em três instituições independentes e com funções complementares, a produção de normas organizativas e procedimentais sujeitas a uma ordem hierárquica, a distinção entre um *pouvoir constituant* e diversos *pouvoirs constitués* e o reconhecimento das liberdades de iniciativa, opinião e locomoção, dos direitos fundamentais da pessoa humana e de suas respectivas salvaguardas ou garantias; (b) num segundo momento, ao advento das declarações dos direitos do homem e das constituições escritas, ambas – declarações e constituições – surgidas no bojo das três paradigmáticas revoluções burguesas vitoriosas [...] deflagradas com o objetivo de impor um freio ao governo absolutista, de racionalizar o poder monopolizado pelo Estado e de legitimar seu exercício [...]; (c) e, num terceiro momento, à afirmação do princípio da ‘autodeterminação dos povos’ constituindo uma norma programática de vital importância para a consolidação do Direito Internacional [...].”¹⁷⁶

Hodiernamente, entretanto, como leciona Eduardo Faria, “toda essa engrenagem institucional forjada em torno do Estado-nação e o pensamento jurídico constituído a partir dos princípios da soberania, da autonomia do político, da separação dos poderes, do monismo jurídico, dos direitos individuais, das garantias fundamentais, do *judicial review* e da coisa julgada é que tem sido crescentemente postos em xeque pela diversidade, heterogeneidade e complexidade do processo de transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo.”¹⁷⁷

Nesse novo contexto sócio-econômico, afirma o autor em comentário, os Estados passam a ter uma soberania formal, pois “em termos substantivos muitos deles já

¹⁷⁶ Faria, José Eduardo. Op. cit., p. 22.

¹⁷⁷ Faria, José Eduardo. Idem., p. 23.

não mais conseguem estabelecer e realizar seus objetivos exclusivamente por si e para si próprios. Em outras palavras, descobrem-se *materialmente* limitados em sua autonomia decisória.”¹⁷⁸

Mas esta limitação material, explica Eduardo Faria, sofre graduações de acordo com o peso relativo das respectivas economias nacionais na economia globalizada, nas quais estariam abrangidas a dimensão dos mercados consumidores, a capacidade de investimento dos capitais privados nacionais, o controle da tecnologia produtiva, a especificidade das bases industriais, o grau de modernidade da infra-estrutura básica e os níveis de escolaridade e de informação da sociedade.¹⁷⁹ Esta gradação no limite de atuação soberana do Estado é que vai dimensionar a sua independência na implementação das políticas monetária, fiscal, cambial e previdenciária e demais eventos possíveis dentro da sua jurisdição territorial.¹⁸⁰

Assim, concordamos com o renomado jurista paulista quando assevera que o grande desafio que se impõe aos cientistas políticos, especialistas em relações internacionais, cientistas sociais e juristas “é, justamente, dar conta dessa ruptura entre a soberania *formal* do Estado e sua autonomia decisória *substantiva*, por um lado, e da subsequente recomposição do sistema de poder provocado pelo fenômeno da globalização, por outro.”¹⁸¹ Nesse prisma, entende Eduardo Faria que se tornam importantes para o processo de recomposição do sistema de poder do Estado-nação “as recorrentes discussões sobre o sentido, o alcance e o *locus* da democracia representativa no âmbito da economia globalizada; sobre a substituição da política pelo mercado como fator determinante do ‘âmbito público’; sobre a erosão dos distintos mecanismos de formação da identidade

¹⁷⁸ Faria, José Eduardo. Op. cit., p. 23.

¹⁷⁹ Faria, José Eduardo. Idem., p. 23.

¹⁸⁰ Faria, José Eduardo. Idem., p. 23.

¹⁸¹ Faria, José Eduardo Faria. Idem., pp. 23-24.

coletiva forjada pela modernidade; sobre os novos tipos de sociabilidade gerados pela mercantilização das mais diversas relações sociais;[...].”¹⁸²

Na verdade, em tais discussões está implícita, também, a questão do exercício da cidadania plena num estado constitucional, como bem observa Luiz Bolzan nos comentários abaixo:

“Nada de bom para a Constituição, uma experiência autoritária que valorizava o discurso constitucional, é uma experiência democrática que desvaloriza a Constituição. Como referência para a organização societária, me parece, no mínimo, estranho, mas a partir dessa perspectiva se mostra exatamente essa valorização que damos, por uma lado, à questão de um processo de mercantilização da política, em que é válido, importante e interessante, legítimo aquilo que é eficiente para a economia.

Então, invertemos o lugar, ou seja, ao invés de a política regular a economia, a economia é que regula a política; e como fica então a questão da cidadania dentro desse contexto, onde temos esse processo, então, de tensão entre uma economia capitalista e uma sociedade democrática, ou entre uma economia de caráter excludente ? Isso envolve, fundamentalmente, o debate sobre a questão do próprio estado constitucional, porque da mesma forma que estado-nação, da mesma forma que a democracia, a cidadania, e o estado constitucional, ele é o estado territorial por excelência, as constituições são as constituições nacionais do Brasil, da Argentina e do Uruguai e dos Estados Unidos, da França, etc. São as constituições nacionais e no momento em que não temos mais esse espaço nacional, como fica o constitucionalismo, como referência para a própria cidadania....”¹⁸³

Consideramos irrefutáveis as conclusões acima emanadas pelo insigne jurista gaúcho. Com efeito, a perda da soberania, em seu âmbito substantivo, torna a concretização

¹⁸² Faria, José Eduardo. Op. cit., p. 28.

¹⁸³ Bolzan, Luiz. Cidadania. In: *Anais : 1.º Congresso Estadual dos Magistrados de Pernambuco : 07 a 10 de dezembro de 2000 / AMEPE, ESMAPE*. Recife : AMEPE : ESMAPE, pp. 342-378, 2001, pp. 349-350.

e a materialização dos valores e comandos erigidos na constituição do Estado dependentes de decisões externas, o que leva a uma precariedade da democracia representativa. Como exemplo desse entendimento, aponta Luiz Bolzan que a atividade legislativa do parlamento francês é em 70% de regulamentar diretivas da Comunidade Européia, o que faz com que este parlamento, de alguma maneira, perca sentido, funcionando “simplesmente como órgão parlamentado das decisões que são tomadas em outro nível e se sabe que as decisões da Comunidade Européia são decisões carentes de democracia, ou seja, há um déficit democrático na estrutura da comunidade, não passa pela cidadania a estrutura da comunidade...”¹⁸⁴

Em idêntica conclusão quanto à precariedade do exercício da soberania estatal, afirma Eduardo Faria¹⁸⁵ que a fragilização da autoridade estatal deriva do exaurimento do equilíbrio dos poderes, da perda de autonomia do aparato burocrático e revela-se pelo modo como o Estado se posiciona no confronto entre os diversos setores econômicos, em que se tem, de um lado, os setores vinculados ao sistema capitalista transnacional que pressionam o Estado a melhorar e ampliar as condições de competitividade sistêmica, através da eliminação de entraves que bloqueiam a abertura comercial, bem como a desregulamentação do mercado, a adoção de programas de privatização e flexibilização de direitos trabalhistas; e, do outro lado, setores defasados tecnologicamente e sem poder de competitividade em nível mundial, e que necessitam de algum grau de proteção da parte do Estado, com a adoção de medidas justamente contrárias àquelas postuladas pelo primeiro grupo.

No contexto acima, aponta o autor que aquele tipo de conflito tende a eclodir e desenvolver-se fora do âmbito dos poderes legislativo e judiciário, limitando-se apenas ao âmbito do poder executivo, ensejando que, na opinião do ilustre jurista e com a qual concordamos, esses confrontos sejam “equacionados por processos informais de negociação, pouco transparentes ao grande público e fora do alcance dos mecanismos de controle via representação partidária, o que leva as formas universalistas de agregação de

¹⁸⁴ Bolzan, Luiz. Op. cit., pp. 363-364.

¹⁸⁵ Faria, José Eduardo. Op. cit., pp. 25-26.

interesses típicas da democracia a serem atravessadas e esvaziadas por práticas e arranjos de caráter *neocorporativo*.”¹⁸⁶

6. 1. 3. O modo de produção capitalista e a ideologia neoliberal excludente

Com o advento do Estado Social, em face da constitucionalização de direitos sociais e econômicos gerados das desigualdades produzidas pelo modelo capitalista,

¹⁸⁶ Faria, José Eduardo. Op. cit., pp. 26-27. Nessas mesmas páginas, e em relação ao Brasil, aponta Eduardo Faria, como exemplo da referida informalidade nas negociações relativas aos mencionados conflitos, a atuação do Grupo de Investidores Estrangeiros (GIE), cujos comentários são os seguintes: “Um bom exemplo dessa informalidade é dado pela atuação, no Brasil, do Grupo de Investidores Estrangeiros (GIE), uma entidade sem sede, registro, cargos, eleições ou secretaria, que congrega as empresas responsáveis por 90% dos investidores externos no país. Nascido em 1990 por iniciativa dos presidentes das Câmaras de Comércio americana, japonesa e alemã, o GIE hoje atua, no plano externo, facilitando os contatos do governo brasileiro com os grandes conglomerados transnacionais; e, no plano interno, pressionando pela revogação das restrições jurídico-constitucionais que discriminam as empresas não-nacionais. Como a discricção e a informalidade são as principais características do GIE, muito pouco de sua atuação é noticiado pela imprensa. Um dos raros registros foi publicado pela *newsletter* ‘Relatório Reservado’, na edição de 25 de março de 1996 (n. 1.506, p. 7). Sob o título ‘Eminência parda da globalização’, a matéria afirma que o GIE obteve sua primeira vitória quando conseguiu o desbloqueio dos dividendos das empresas estrangeiras no país, na época do confisco do governo Collor. [...] A partir do governo Fernando Henrique, o GIE passou a representar os 10 países com mais investimentos no Brasil, mediante a adesão de representantes do Reino Unido, Itália, França, Canadá, Suíça e Holanda. Diz o ‘Relatório Reservado’: ‘a proposta do GIE é funcionar como um *sounding board*, para ouvir as idéias do governo sobre investimento estrangeiro e facilitar sua realização. Composto por 26 executivos, distribuídos pelo peso dos investimentos de cada país no Brasil – seis representantes dos Estados Unidos, quatro da Alemanha e dois de cada um dos outros participantes – o GIE estabeleceu como seu objetivo assessorar o governo na identificação dos principais impedimentos aos investimentos externos no País. Para isso vem-se organizando, agora, em sete grupos, distribuídos conforme as prioridades de trabalho agendadas para este ano. O primeiro grupo estuda o chamado Custo Brasil. O segundo, tópicos da Constituição que discriminam o investimento internacional (...). O terceiro grupo estuda itens da legislação comum que contenham discriminação ao investimento externo. O quarto trata de propriedade intelectual (...). O quinto grupo estuda a lei específica da investimentos estrangeiros(...). O sexto grupo trata da divulgação dos progressos que vêm sendo alcançados pelo governo e o sétimo, e último, trata da Balança de Pagamentos.’ (destaques do autor).

passou-se a exigir do Estado uma postura intervencionista no campo da economia, no sentido de regular as relações jurídicas ali praticadas e evitar um colapso naquele mesmo modo de produção.

No entanto, aponta Roberto Grau que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, este de índole intervencionista, decorreu, de fato, das imperfeições do próprio sistema liberal capitalista, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados. Tais imperfeições, segundo o autor, podem ser resumidas no surgimento dos monopólios, no advento de cíclicas crises econômicas e no exacerbamento do conflito capital x trabalho.¹⁸⁷ Oportuno ao tema é a transcrição dos comentários feitos por Grau nas linhas abaixo:

“A virada do século assiste ao declínio do capitalismo concorrencial liberal: A economia de guerra e o evento da revolução bolchevista desferem-lhe golpes mortais. Sombrio o futuro do capitalismo, impunha-se a sua renovação, para o que é chamado a atuar o Estado. A ‘*mão invisível*’ de Smith é substituída pela mão visível do Estado. O Estado assume a responsabilidade pela condução do processo econômico e, com isso, os planos econômico e político se correlacionam (ainda que jamais se tenham dissociado). O conhecimento a respeito dos mecanismos econômicos, ademais, permitiu que da *economia política* caminhássemos para a *política econômica*.

Deixa o Estado, desde então, de *‘intervir’* na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segurança, passando a desenvolver novas formas de atuação, para o que faz uso do direito positivo como instrumento de sua implementação de *políticas públicas* – atua não apenas

¹⁸⁷ Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5^a ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000, p. 15.

como *terceiro-árbitro* mas também como *terceiro-ordenado*.”¹⁸⁸(destaques do autor).

Enfatiza Grau que as políticas públicas não se limitam tão-somente ao âmbito da economia, mas incorporam todas as atuações estatais no campo social. Nesse sentido, assevera o autor que:

“A expressão *políticas públicas*, assim, designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma *política pública* – *o direito é também, ele próprio, uma política pública*.”¹⁸⁹ (destaques do autor).

Esta ilação de Grau a respeito do direito como política pública não quer dizer que antes do Estado Social isto não ocorresse. Com efeito, leciona este mestre, o Estado sempre esteve a intervir na ordem social e, por conseguinte, a desenvolver políticas públicas. Entretanto, com o aparecimento do Estado intervencionista, desencadeia-se um verdadeiro salto qualitativo nesta intervenção.¹⁹⁰

Concebendo o direito, pois, como instrumento de realização de políticas públicas, afirma Grau que o direito manifestado em determinada comunidade é “produto da coexistência do direito do modo de produção dominante nessa sociedade com os direitos próprios a outros modos de produção que, nessa sociedade, coexistam com o modo de produção dominante”.¹⁹¹ Assim, continua o ilustre jurista, não há que se falar em direito, mas em direitos coexistentes numa sociedade, com a predominância daquele direito cujo modo de produção é o dominante. Dessa forma, não há que se falar, também, em capitalismo, mas em capitalismos, uma vez que “em cada sociedade capitalista se manifesta

¹⁸⁸ Grau, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Porto Alegre : Fabris, pp. 59-75, 1995, p. 61.

¹⁸⁹ Grau, Eros Roberto. Idem., p. 61.

¹⁹⁰ Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5^a ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000, p. 21.

¹⁹¹ Grau, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Porto Alegre : Fabris, pp. 59-75, 1995, p. 60.

um *capitalismo* resultante da coexistência histórica de todos esses modos de produção.”¹⁹²(destaques do autor).

Para dar substrato ao entendimento supramencionado, Roberto Grau¹⁹³ explica que o modo de produção, o qual também denomina como modo de produção da vida social, corresponde à totalidade das estruturas sociais e não ao modo de produção de bens materiais, já que este diz respeito, apenas, à estrutura econômica da sociedade.

Assim, ensina o renomado jurista, o modo de produção seria constituído por uma estrutura global, formada por três estruturas regionais (instâncias) que são: a estrutura econômica, a estrutura jurídico-política e a estrutura ideológica, sendo que, na estrutura global, há o domínio de apenas uma das referidas estruturas. Dando exemplo dessa explicação, aponta o autor a prevalência da estrutura econômica no capitalismo, da estrutura ideológica na Idade Média, através do catolicismo e da estrutura jurídico-política nas antigas Atenas e Roma.¹⁹⁴

Continuando sua exposição sobre esse tema, manifesta Grau que tais estruturas regionais articulam-se entre si, de forma que não há um modo de produção uniforme, mas sim, distintos modos de produção forjados nas especificidades dos regimes de articulação das referidas instâncias, “de sorte que não se encontra, em cada uma delas, meramente distintas combinações de elementos homogêneos, porém combinações nas quais tanto o encadeamento quanto as funções de cada instância são alterados.”¹⁹⁵

Um questionamento feito por Grau diz respeito aos critérios que seriam utilizados para definir-se qual a estrutura regional que prevalece sobre as demais em determinado modo de produção, o que leva este autor a fazer as seguintes observações:

“Há que distinguir, portanto, estrutura *dominante* e estrutura *determinante*. A segunda determina qual delas é a dominante em dada época. Logo, o que se

¹⁹² Grau, Eros Roberto. Op. cit., p. 60.

¹⁹³ Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3^a ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000, p. 38.

¹⁹⁴ Grau, Eros Roberto. Idem., p. 38.

¹⁹⁵ Grau, Eros Roberto. Idem., p. 38.

impõe é distinguirmos entre *papel dominante* e *papel determinante* das estruturas regionais.

[...]

A ‘maneira como se ganha a vida’- uso uma expressão de Marx (1968/46) – condicionada pela realidade material (as ‘condições econômicas’, pois), é que determina qual daquelas instâncias, em cada época, desempenha o papel de *estrutura dominante*. [...] Trata-se, aí, não de relação simples, mas de relação de relações; não de causalidade transitiva, mas de causalidade estrutural.

Ora, como no modo de produção capitalista a economia é que ocupa o *papel dominante* na estrutura global da sociedade e, concomitantemente, é ela que *determina* essa dominação, torna-se razoavelmente complexa a compreensão do pensamento marxista – em especial porque, precisamente em razão dessa coincidência, aparece de modo difuso, na exposição de Marx, a distinção entre *papel determinante* e *papel dominante*.¹⁹⁶ (destaques do autor).

Retornando, pois, ao conceito dado ao direito, no sentido de ser este um produto da coexistência do direito do modo de produção dominante na sociedade com os direitos próprios a outros modos de produção que ali existem, esclarece Grau que este conceito tem um caráter funcional, no sentido de que o direito, como um nível do todo social e, portanto, componente da realidade social existente, com ela interage, atuando como instrumento de mudança social. Isto ocorre, em especial, no modo de produção capitalista, em que a virtude do direito de “interagir em relação às demais estruturas regionais da estrutura social global, (...), qualifica o direito como mediação específica e necessária das relações de produção – e isso de modo tal que as relações de produção

¹⁹⁶ Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3^a ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000, p. 39.

capitalista não se podem reproduzir sem a ‘forma’ do direito.”¹⁹⁷(destaque do próprio autor).

Diante, pois, do exposto acima, assevera Roberto Grau que o direito, como instrumento de mudança social, se por um lado é produzido pela estrutura econômica, por outro interage em relação a ela, produzindo-lhe alterações. Daí porque conclui que “a estrutura econômica do capitalismo não existiria se não existisse um direito que supusesse regras gerais e sujeitos abstratos, livres e iguais.”¹⁹⁸

Toda a sustentação feita anteriormente tornou-se necessária para que Roberto Grau pudesse expor o seu pensamento acerca do lugar do direito na estrutura global dominada pelo modo de produção capitalista, utilizando-se, para tanto, de noções de termos que denomina como *direito pressuposto* e *direito posto*.

Para Grau¹⁹⁹, o direito pressuposto é um produto cultural gerado pelo modo de produção social, de forma que cada modo de produção “produz a *sua cultura* e o direito pressuposto nasce como elemento *dessa cultura*”(destaques do autor). Assim, no caso do modo de produção capitalista, modo este que, como já visto, é essencialmente jurídico – pois necessita do direito positivo para a sua própria subsistência -, exige-se, pois, um direito positivo construído sobre o seu direito pressuposto, o qual é elemento constitutivo do próprio modo de produção capitalista.²⁰⁰

No entanto, adverte Grau²⁰¹ que, embora numa sociedade predomine o direito pressuposto de um determinado modo de produção dominante, o direito posto é resultante da coexistência histórica de todos os modos de produção na sociedade. Daí porque, continua o autor, isso justifica a especificidade de cada direito, em cada sociedade, consoante o magistério abaixo:

¹⁹⁷ Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3^a ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000, p. 40.

¹⁹⁸ Grau, Eros Roberto. *Idem.*, p. 41.

¹⁹⁹ Grau, Eros Roberto. *Idem.*, p. 44.

²⁰⁰ Grau, Eros Roberto. *Idem.*, p. 44.

²⁰¹ Grau, Eros Roberto. *Idem.*, p. 45.

“Não se trata mais, neste passo, de afirmar que cada modo de produção pressupõe a existência do seu *direito*, senão de afirmar que em cada sociedade manifesta-se *um determinado direito*, produto da coexistência do *direito pressuposto* do modo de produção dominante nessa sociedade com os *direitos pressupostos* de outros modos de produção que, nessa sociedade, coexistam com o modo de produção dominante.”²⁰² (destaques do aludido jurista).

Uma importante observação que faz Roberto Grau²⁰³ diz respeito ao questionamento que possa ser feito à sua exposição quanto à abrangência, ou não, pelo direito pressuposto das relações de direito público. Nessa perspectiva, ostenta o autor que é equivocada a concepção de que o direito público seria campo de atuação exclusiva do Estado, em oposição ao direito privado, o que denotaria uma separação entre Estado e sociedade. Na verdade, assegura Grau, o Estado está dentro da sociedade, uma vez que “na categoria *modo de produção* estão inseridas todas as circunstâncias da vida material, geradoras não apenas de suas próprias relações jurídicas, mas também de sua forma de governo. *O direito pressuposto* contempla e nele se opera a síntese dos padrões culturais da sociedade – e aqui são refletidos, em processo de causalidade recíproca, valores produzidos nas demais instâncias (política, religiosa, ideológica) da superestrutura.”²⁰⁴ (destaque do autor).

Diante das profícuas lições dadas pelo ilustre mestre paulista, podemos depreender, portanto, que nas diversas sociedades o direito ali produzido ou positivado difere mesmo se provenientes de um modo de produção capitalista, sendo esta especificidade caracterizada, primeiramente, pelo direito pressuposto constituído e fruto das articulações das estruturas regionais existentes em cada sociedade, e em segundo lugar, pelo fato de que o direito positivado será fruto da coexistência histórica do direito pressuposto do modo de produção dominante(capitalista, no caso) com os demais direitos pressupostos constituídos nos demais modos de produção também existentes em cada

²⁰² Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3^a ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000, p. 45.

²⁰³ Grau, Eros Roberto. *Idem.*, p. 45.

²⁰⁴ Grau, Eros Roberto. *Idem.*, p. 45.

sociedade. Em outros termos: em sociedades capitalistas diversas o direito posto não será o mesmo.

A partir da premissa acima, podemos examinar, portanto, o papel da ideologia neoliberal na formação do direito positivo, em face da sua incidência sobre o modo de produção capitalista, como estrutura regional em constante articulação com as demais estruturas presentes na sociedade e, por conseguinte, partícipe da constituição do direito pressuposto ali formado.

De antemão, julgamos necessária uma breve digressão a respeito da origem, desenvolvimento e essência teórica da ideologia neoliberal, a fim de distingui-la, posteriormente, do liberalismo clássico do século passado. Expõe Perry Anderson que “o neoliberalismo nasceu logo depois da II Guerra Mundial, na região da Europa e da América do Norte onde imperava o capitalismo. Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar. Seu texto de origem é *O caminho da Servidão*, de Friedrich Hayek, escrito em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade.”²⁰⁵

Reunindo um seleto grupo de pensadores e seguidores do mesmo pensamento, Hayek fundou a Sociedade de Mont Pèlerin, cujo propósito era combater o keynesianismo e o solidarismo reinantes e preparar as bases de um outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras para o futuro. O argumento principal deste grupo era de que o igualitarismo promovido pelo Estado de bem-estar destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, da qual dependia a prosperidade de todos. Dessa forma, pregavam que a desigualdade era um valor positivo ou até imprescindível às sociedades ocidentais.²⁰⁶

Em razão da prosperidade alcançada pelo Estado do bem-estar nas décadas de 50 e 60, o programa neoliberal levou 20 anos para começar a ganhar terreno,

²⁰⁵ Anderson, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: Sader, Emir, Gentili, Pablo (orgs). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, pp. 9-23, 1995, p. 9.

²⁰⁶ Anderson, Perry. Idem., p. 10.

aproveitando-se da crise do modelo econômico do pós-guerra, em 1973. Nessa época, afirmavam Hayek e seus companheiros que as raízes da referida crise estavam localizadas “no poder excessivo e nefasto dos sindicatos e, de maneira mais geral, do movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais.”²⁰⁷ A partir de então, o neoliberalismo ganhou força, tendo sua primeira oportunidade pragmática com o governo Thatcher, eleito em 1979, e, em seguida, com o Governo Reagan, nos Estados Unidos. Daí por diante, triunfou nos demais países integrantes da Organização Europeia para o Comércio e o Desenvolvimento – OCDE, com exceção da Suécia e da Áustria e, fora do continente europeu, o Japão. A esta altura, até países com postura social-democrática que inicialmente resistiam ao modelo neoliberal, passaram a adotá-lo. No que diz respeito ao desempenho desse modelo até a década de 80, foi vitorioso em vários itens, como demonstra Perry Anderson nos comentários abaixo:

“No conjunto dos países da OCDE, a taxa de inflação caiu de 8,8% para 5,2%, entre os anos 70 e 80, e a tendência de queda continua nos anos 90. A deflação, por sua vez, deveria ser a condição para a recuperação dos lucros. Também nesse sentido o neoliberalismo obteve êxitos reais. Se, nos anos 70, a taxa de lucro das indústrias nos países da OCDE caiu em cerca de 4,2%, nos anos 80 aumentou 4,7%. Essa recuperação foi ainda mais impressionante na Europa Ocidental como um todo, de 5.4 pontos negativos para 5.3 pontos positivos. A razão principal dessa transformação foi, sem dúvida, a derrota do movimento sindical, expressado na queda drástica do número de greves durante os anos 80 e numa notável contenção dos salários. Essa nova postura sindical, muito mais moderada, por sua vez, em grande parte era produto de um terceiro êxito do neoliberalismo, ou seja, o crescimento das taxas de desemprego, concebido como um mecanismo natural e necessário de qualquer economia de mercado eficiente. A taxa média de desemprego nos países da OCDE, que havia ficado em torno de 4% nos anos 70, pelo menos

²⁰⁷ Anderson, Perry. Op. cit., p. 10.

duplicou na década de 80. Também este foi um resultado satisfatório. Finalmente, o grau de desigualdade - outro objetivo sumamente importante para o neoliberalismo - aumentou significativamente no conjunto dos países da OCDE: a tributação dos salários mais altos caiu 20% em média nos anos 80, e os valores das bolsas aumentaram quatro vezes mais rapidamente do que os salários.”²⁰⁸

Mas apesar de todos os resultados acima relatados, o grande objetivo do neoliberalismo, que é a reanimação do capitalismo avançado mundial com a restauração das taxas de crescimento ocorridas antes da crise dos anos 70, não ocorreu. Neste aspecto, salienta Perry Anderson, “não houve nenhuma mudança - nenhuma - na taxa de crescimento, muito baixa nos países da OCDE. Dos ritmos apresentados durante o longo auge, nos anos 50 e 60, resta somente uma lembrança distante.”²⁰⁹

Na verdade, explica o autor, isto se deveu, primeiramente, ao direcionamento do capital acumulado ao mercado financeiro, com uma verdadeira explosão dos mercados de câmbio internacionais, cujas transações, puramente monetárias, acabaram por diminuir o comércio mundial de mercadorias. Em segundo lugar, o peso do Estado do bem-estar não diminuiu muito, por duas razões básicas: “o aumento dos gastos sociais com o desemprego, que custaram bilhões ao Estado, e o aumento demográfico dos aposentados na população, que levou o Estado a gastar outros bilhões em pensões.”²¹⁰

No entanto, apesar do aludido fracasso e da profunda recessão em que entrou o capitalismo avançado em 1991, o neoliberalismo ainda mostrou-se vitorioso com as eleições ocorridas na Europa e também nos Estados Unidos, através da eleição do presidente Clinton. Porém, foi com a derrocada do sistema comunista na Europa oriental e na União Soviética, de 89 a 91, que o neoliberalismo adquiriu novo alento, pois, como alerta Perry Anderson, “não foi o triunfo de qualquer capitalismo, mas o do tipo específico liderado e simbolizado por Reagan e Thatcher.”²¹¹

²⁰⁸ Anderson, Perry. Op. cit., p. 15.

²⁰⁹ Anderson, Perry. Idem., p. 15.

²¹⁰ Anderson, Perry. Idem., p. 16.

²¹¹ Anderson, Perry. Idem., pp. 17-18

Os relatos acima expostos demonstram, portanto, que a base teórica do neoliberalismo concentra-se no combate ao Estado Social e regulador do mercado, defendendo uma total ausência de intervencionismo no âmbito econômico, o que denota o caráter selvagem do capitalismo avançado incentivado por aquela ideologia. Mas a política do *Welfare State* adotada até o final da década de 70, não significava uma preocupação de ordem social no seio do capitalismo liberal clássico. Na verdade, como bem explica o sociólogo e professor da Unicamp, Ricardo Antunes²¹², aquele programa resultou de um sistema de trocas entre o capitalismo e o movimento trabalhista existente nas décadas de 60 e 70, que buscava a retomada do projeto socialista, a partir de acordos celebrados entre os sindicatos e partidos sociais-democratas, e através dos quais concedia-se à classe trabalhadora direitos diversos como redução de jornada, direito de previdência, descanso semanal, férias etc., para, em troca, aceitar-se o capitalismo como legítimo. Tal prática, explica o ilustre sociólogo, é marca forte da social-democracia, ou seja, fazer concessões à classe trabalhadora em troca do abandono do projeto socialista.

Outro fator que diferencia o novo liberalismo do liberalismo clássico diz respeito ao conteúdo do que seria regulado pelo Estado neste e naquele liberalismo. Assim, enquanto no Estado Liberal o Direito empenha-se em regular, basicamente, as exigências de liberdade e igualdade, numa sociedade de indivíduos que, amparada no valor segurança jurídica, busca conter as arbitrariedades e o despotismo do Estado contra os cidadãos, no Estado Neoliberal surge o direito reflexivo, centrado na valoração das subjetividades, mas cuja regulação não tem caráter impositivo ou sancionador, mas incentivador à formação de espaços de negociação e de auto-regulação. Dessa forma, arrimado na prevalência das forças de mercado e na descentralização do exercício do poder, o Direito assume uma feição de instrumento estimulador de interações e negociações entre as organizações responsáveis pelo redirecionamento da sociedade.²¹³

²¹² Antunes, Ricardo. Entrevista: Os novos desafios da classe trabalhadora. In: *Revista Anamatra*. Ano XII, nº 40, pp. 7-11, mar./2001, p. 7.

²¹³ Neto, Nicolao Dino de Castro e Costa. A ideologia neoliberal e a globalização econômica ; o impacto no campo dos direitos fundamentais. In: *Boletim dos Produradores da República*. Ano IV, n. 44, Dez. 2001, p. 24.

Neste mesmo passo é o entendimento de Óscar Correias, exposto pelo constitucionalista Ivo Dantas, como se observa nas linhas abaixo:

“el neoliberalismo se parece y se diferencia del viejo liberalismo. Se parece en que ambos usan la misma prestigiosa palabra – ‘liberdade’. Pero se diferencian en que aquél la usaba para referirse a todas las manifestaciones de la vida humana, la libertad de propiedad en primer plano, claro. Mientras que el cachorro contemporáneo lo usa exclusivamente para hablar del comercio y la circulación ampliada del capital”²¹⁴

Com a implantação do modelo neoliberal a partir do início da década de 80, há uma brusca mudança no capitalismo (modo de produção capitalista) nos países desenvolvidos, uma vez que, ao contrário da social-democracia, assevera o aludido sociólogo, “o neoliberalismo é muito mais duro, pois não quer nenhuma concessão para a classe trabalhadora e não aceita que ela lute por direitos e muito menos pelo socialismo, o que o torna mais perverso e mais nefasto para o trabalhador.”²¹⁵

Ocorre, como já visto anteriormente, que com a derrocada do comunismo, o neoliberalismo ganhou novo fôlego, de forma que mesmo não alcançado seu objetivo maior, expandiu-se nas décadas de 80 e 90, ao passo que, “com a crise, a social-democracia perdeu seu traço reformista e, cada vez mais, vem praticando o que o neoliberalismo exige. É o caso do Tony Blair, na Inglaterra, do Fernando Henrique, no Brasil. São muitos os governos que se definem como sociais-democratas e praticam a agenda neoliberal.”²¹⁶

No que diz respeito ao Brasil, Francisco de Oliveira²¹⁷, em brilhante palestra, aponta que a ideologia neoliberal já ensaiava a sua presença na ditadura militar, com a dilapidação do Estado Brasileiro, o que prosseguiu sem interrupções no mandato de José Sarney. Sobre o tema, seguem abaixo os comentários do referido economista:

²¹⁴ Óscar Correias *apud* Dantas, Ivo. *Direito Constitucional Econômico*. Curitiba : Juruá, 1999, p. 133.

²¹⁵ Antunes, Ricardo. Entrevista: Os novos desafios da classe trabalhadora. *In: Revista Anamatra*. Ano XII, n° 40, pp. 7-11, mar./2001, pp. 7-8.

²¹⁶ Antunes, Ricardo. *Idem.*, p. 8.

²¹⁷ Oliveira, Francisco de. Neoliberalismo à Brasileira. *In: Sader, Emir, Gentili, Pablo (orgs). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, pp. 24-28, 1995, pp. 24-25.

“Essa dilapidação propiciou o clima para que a ideologia neoliberal, então já avassaladora nos países desenvolvidos, encontrasse terreno fértil para uma pregação anti-social. Aqui no Brasil, não apenas pelos reclamos antiestatais (na verdade anti-sociais) da grande burguesia, mas sobretudo pelos reclamos do povão, para o qual o arremedo de social-democracia ou Estado de bem-estar, ainda que de cabeça para baixo, tinha falhado completamente. [...] Então, surgiu o neoliberalismo à brasileira. Mas esse neoliberalismo sempre foi mal estudado entre nós, sempre foi atenuado por nossa própria ironia e capacidade de não levar a sério o que deve ser levado muito a sério.

Paradoxalmente, entretanto, durante a última década que chamamos a ‘década perdida’, a sociedade civil no Brasil mostrou uma extraordinária vitalidade. [...] Ao contrário do pessimismo de uma teoria política economicista, que associa queda na taxa de crescimento econômico a apatia e estados de anomia, à desorganização social, enfim, a sociedade mostrou uma extraordinária capacidade de responder ao ataque neoliberal, organizando-se. Não nos esqueçamos de que nesta década foram construídas três grandes centrais de trabalhadores, com diferenças programáticas e ideológicas, sem dúvida, mas num movimento totalmente contrário àquilo que o pessimismo indicava como sendo o roteiro da derrota da sociedade.”²¹⁸(destaques do autor)

Assim, não obstante o avanço do neoliberalismo sobre o mundo, inclusive sobre o nosso país, o Poder Constituinte Brasileiro de 1988 adotou uma Constituição cujas linhas mestres ainda denotam a presença de um Estado Social, o qual vem sendo ameaçado contundentemente pelo governo neoliberal do Sr. Presidente Fernando Henrique Cardoso, como se observa nos comentários de Paulo Bonavides nas linhas abaixo:

“A ignomínia da opressão remonta ao capitalismo industrial, que, no seu último espasmo, antes de abdicar o cetro ao capitalismo financeiro, fez

²¹⁸ Oliveira, Francisco de. Neoliberalismo à Brasileira. In: Sader, Emir, Gentili, Pablo (orgs). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, pp. 24-28, 1995, p. 25.

nascer o fascismo, o nazismo e o bolchevismo, uma catástrofe que marcou todo o século XX; já o capitalismo financeiro, desde a sua estréia globalizante, inaugura a fase final do sistema, mostrando o seu rosto e a sua catadura sinistra na versão do neoliberalismo, que é a ideologia do desprezo social. O liberalismo ontem negava o Estado, hoje nega a Sociedade, e isto lhe decreta a sentença de morte; a mesma do capitalismo, em cujas entranhas se gerou. No Brasil contemporâneo armou-se o palco de uma tragédia: a legalidade esfacelada por cerca de duas mil medidas provisórias! [...] A expansão usurpatória da Medida Provisória alcançou um raio material de abrangência amplíssimo, que fez do Executivo um legislador paralelo e privilegiado em quase todos os ramos do Direito, mais importante, talvez, que o legislador ordinário mesmo, por atuar isento de freios e contrapesos, em razão de ignorar as restrições constitucionais impostas a esse tipo de legislação excepcional.

Por sua vez, a constitucionalidade corre o risco de ver promulgada uma das seis propostas de emendas constitucionais que tramitam no Congresso Nacional com o propósito de neutralizar ou paralisar a eficácia do § 2º do art. 60 da Carta Magna, sem dúvida o coração da Constituição, cujo colapso faria do Executivo o senhor absoluto dos preceitos constitucionais.”²¹⁹

Tem-se, pois, diante do já exposto anteriormente, e com respaldo nas concepções de direito posto e pressuposto defendidas por Eros Roberto Grau, que na época do *Welfare State*, embora prevalecente o modo de produção capitalista na maioria das sociedades, o direito ali positivado era fruto não apenas do direito pressuposto desse modo de produção, mas da interação histórica deste com os demais direitos pressupostos constituídos pelos vários modos de produção ali existentes, cujas estruturas regionais eram distintas, em especial, a estrutura ideológica (de índole socialista). Daí atribuir-se a esses Estados o regime da social-democracia. Com a implantação do modelo neoliberal, a atuar como componente ideológico do modo de produção capitalista, e com a queda do modelo

²¹⁹ Bonavides, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neoliberal (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 1999, pp. 188-189.

socialista, aquela interação modifica-se sobremaneira, repercutindo, por conseguinte, sobre o direito posto naqueles Estados.

A conclusão acima denota uma distinção a que pouco tem se dado o devido valor, qual seja, entre globalização (estrutura regional econômica) e neoliberalismo (estrutura regional ideológica), distinção esta que Viviane Forrester demonstra, com bastante clareza, nos comentários a seguir:

“A obra-prima do gênero – uma verdadeira pérola, um triunfo! – é, porém, mais uma vez, a ‘globalização’. Sem nome, por si só cobre todos os fatos de nossa época e consegue camuflar, tornando-a indiscernível no interior desse amálgama, a hegemonia do ultraliberalismo: um sistema político que, sem estar oficialmente no poder, comanda o conjunto daquilo que os poderes têm a governar, obtendo, assim, uma plenipotência planetária.

É com base nessa escolha política, fundada em uma ideologia ultraliberal, que a globalização é administrada. É esta uma razão para confundirmos esta última com a ideologia que a administra, mas não a constitui? Ora, nós fazemos essa confusão e acabamos por conferir ao ultraliberalismo o caráter irreversível, inevitável dos avanços tecnológicos que definem, não o liberalismo, mas a globalização. Esquecemos, sobretudo, que a globalização não necessita de uma gestão ultraliberal; esta representa apenas um método (aliás, calamitoso) dentre outros possíveis. Em suma, a globalização não é indistinguível do ultraliberalismo – e vice-versa! Todavia, quando mencionamos uma, é à outra que, inconscientemente, nos referimos, transferindo assim, a última, a noção de irreversível fatalidade que marca a primeira. O ultraliberalismo, porém, este nada tem de irreversível.”²²⁰

Na verdade, se o capitalismo gera, inexoravelmente, uma exclusão social com o respaldo do neoliberalismo, tal exclusão torna-se mais ampla e com conseqüências

²²⁰ Forrester, Viviane. *Uma estranha ditadura*. Trad. Vladimir Safatle. São Paulo : UNESP, 2001, pp. 10-11.

bem mais nefastas nos países periféricos. Nesse sentido, Friedrich Müller²²¹ expõe que, nas ciências sociais, o conceito preciso de exclusão é formulado tendo como referência os países da modernidade periférica, motivo pelo qual o autor denomina a exclusão nos países centrais (EUA, Grã-Bretanha, França e Alemanha) de secundária. Em relação a esta última exclusão, a define como “marginalização”, já que de grau menor, eis que “o sistema jurídico insiste na sua vigência efetiva. Entre a normatividade e a realidade existe um *continuum* hierárquico fundamentalmente respeitado. Erro, lacunas, falhas podem ser localizados e trabalhados *com os recursos* do sistema, por meio de operações *no âmbito* da estrutura de texto de democracia e Estado de Direito²²²(destaques do autor). Utilizando o critério quantidade, demonstra Müller que “na Alemanha: a marginalização é minoritária, mas nitidamente sensível e com tendência para aumentar; na França: minoritária, com a mesma tendência, mas nitidamente mais difundida; EUA: minoritária, mas – para fins de avaliação de toda a sociedade, como germinalmente também já na Grã-Bretanha – por assim dizer já com uma minoria de barramento(Sperrminorität), i. é, no mesmo território nacional a coexistência de duas sociedades do ‘Primeiro’ e do ‘Terceiro Mundo’.”²²³ (destaques do autor).

Nessa perspectiva, não se poderia deixar de mencionar que, diferentemente dos países desenvolvidos, o impacto da globalização neoliberal sobre os países denominados de países em desenvolvimento, dentre os quais inclui-se o Brasil, alcança níveis bem maiores, eis que mergulhados em crises econômicas e processos recessivos contínuos e com conseqüências arrasadoras sobre o quadro social, deixando-os vulneráveis ante as atuações das empresas transnacionais e ao fluxo internacional de capital especulativo e volátil. Nesse contexto, parece bastante claro que aqueles países desenvolvidos e dos quais se originam tais empresas e capitais internacionais, não demonstram maior preocupação com o equilíbrio dos países periféricos.

Neste aspecto, entende Eros Roberto Grau que esses países nada mais fazem do que aplicar o princípio da soberania econômica nacional. Na análise de situações

²²¹ Müller, Friedrich. *Quem é o povo ? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. Rev. Paulo Bonavides. 2^a ed., São Paulo : Max Limonad, 2000, p. 96.

²²² Müller, Friedrich. Op. cit., p. 96.

²²³ Müller, Friedrich. Idem., p. 97.

ocorridas nos Estados Unidos da América, conclui o ilustre jurista que “afirmar a soberania econômica nacional como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e como objetivo particular a ser alcançado é definir políticas públicas voltadas à viabilização da participação da sociedade nacional, em condições de igualdade, no mercado internacional. Ao contrário do que se tem sustentado, pois, essa afirmação conduz não ao isolamento econômico, porém precisamente àquela viabilização.”²²⁴

O conceito de modernidade, conclui Grau, passa justamente por essa prática protecionista, visando garantir a sobrevivência e competitividade do mercado nacional. Ocorre, entretanto, que em relação aos países periféricos, o discurso é outro, com a eterna proposta de abertura ilimitada dos mercados, como defende o neoliberalismo.

Em outro plano, ou seja, sobre a incidência do princípio da igualdade nas relações entre os Estados, Cármen Lúcia aponta para o total descumprimento, por parte dos países desenvolvidos, dos artigos 17 e 19 da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados²²⁵, expedida pelas Nações Unidas, como se observa nas linhas abaixo:

“Nenhuma destas intenções postas em Resoluções da Organização das Nações Unidas têm sido suficientes, todavia, a alterar as condições de

²²⁴ Grau, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Porto Alegre : Fabris, pp. 59-75, 1995, p. 67. No mesmo texto, Grau aponta vários exemplos ocorridos nos Estados Unidos, dentre os quais, destaca-se o caso “Fujitsu”, no qual esta empresa japonesa teve rejeitada sua escolha em licitação para aquisição de fibras óticas para ligação entre Washington e Boston, apesar de oferecer o menor preço. As razões alegadas para tal rejeição foram de segurança nacional. Mas, além dos EUA, demonstra Grau também a prática do mesmo protecionismo na Europa e também no Japão, como se observa a seguir: “Os países da CEE adotam, para alguns setores, normas que prevêm o tratamento discriminatório contra fornecedores de países que não tenham estabelecido acordos com a Comunidade Européia, assegurando o acesso recíproco às compras do setor público. No Japão, a reserva de mercado é praticada de forma intensa, mencionando-se a indústria automobilística, em 1936, as das áreas de mecânica e eletro-eletrônica, a partir dos anos 50, a dos semicondutores, da década de 70, até a relativa ao arroz, na década de 90. Além disso, o Governo participa, intensamente, na alavancagem das indústrias tidas como importantes para o interesse nacional.” (p. 69).

²²⁵ Assim estabelecem os referidos artigos: “Art. 17 – A cooperação internacional para o desenvolvimento é o fim partilhado e o dever comum de todos os Estados. Cada Estado deve cooperar com os esforços dos países em desenvolvimento para acelerar seu desenvolvimento econômico e social, propiciando condições externas favoráveis e ampliando a ajuda ativa a eles, coerentemente com suas necessidades e objetivos de desenvolvimento, com respeito estrito pela soberana igualdade dos Estados, e liberada de quaisquer condições nocivas à sua soberania. Art. 19 – Com vistas ao aceleração do crescimento econômico dos países em desenvolvimento e supressão do hiato econômico entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, os países desenvolvidos deverão garantir tratamento generalizado preferencial, não recíproco e não discriminatório aos países em desenvolvimento naquelas áreas da cooperação econômica internacional onde isto seja praticável.”

disparidade entre os Estados, ou diminuir entre eles o ‘hiato’, especialmente social e econômico, para se adotar a terminologia daquela entidade.

Os povos do apelidado terceiro mundo continuam com as suas veias abertas, na expressão de GALEANO, sangrando e ressangrando para revigorar o sangue do primeiro mundo. Não haverá igualdade entre os povos enquanto o sangue de um for a moeda do outro.”²²⁶(destaques da autora).

6. 2. A crise do Direito

Considerada como uma técnica de controle social,²²⁷ a lei, no que diz respeito à sua eficácia social, vem sofrendo tormentosos abalos nesta sua função dentro da sociedade, a ponto de se tornar lugar-comum a referência à crise da lei.²²⁸ Concordamos com Hespanha, ao salientar este que os sintomas mais evidentes dessa crise são: “a) a generalizada desobediência à lei, por parte dos simples cidadãos; b) a não-aplicação(ou a aplicação selectiva) da lei, por parte dos órgãos do poder; c) a ineficiência dos mecanismos de aplicação coercitiva da lei(“crise da justiça”, “crise da ordem”).”²²⁹(destaques do autor).

Numa referência às diversas teses que tentam explicar a crise da lei, o mencionado jurista espanhol afasta as teses que atribuem tal abalo, primeiramente, a uma ineficiência do aparelho estatal, mormente no que diz respeito ao poder de polícia; em segundo lugar, a um problema de técnica legislativa, como se a lei fosse uma “realidade dotada de uma substância intemporal”, e, em terceiro lugar, como uma “manifestação dos ‘limites de eficiência’ do Welfare State”.²³⁰(grifo do autor).

²²⁶ Rocha, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte : Lê S/A, 1990, p. 51. A referência feita pela constitucionalista é ao autor Eduardo Galeano, em razão da sua obra *As Veias Abertas da América Latina*, Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1978.

²²⁷ Hespanha, A M. Lei e Justiça : história e prospectiva de um paradigma. In: Hespanha, António. *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Fundação Calouste Gulberkian, Lisboa, pp. 5-58, Set./1993, p. 11.

²²⁸ Hespanha, A M. Idem., p. 09.

²²⁹ Hespanha, A M. Idem., pp. 09/10.

²³⁰ Hespanha, A M. Idem., p. 11. Em relação ao esgotamento do modelo legal no Estado Social, é importante observar assertiva feita por José Eduardo Faria no sentido de que a década de 1990 representou o período de intercruzamento entre duas eras econômicas, quais sejam: “a do pós-guerra, caracterizada pelo planejamento estatal, pela intervenção governamental, pelas inovações conceituais e pragmáticas em matéria de regulação dos mercados, pela utilização do direito como instrumento de controle, gestão e direção, pela participação direta do setor público como agente financiador, produtor e distribuidor e por políticas sociais formuladas

Na verdade, comenta Hespanha com bastante lucidez, a crise da lei nada mais significa do que a crise do paradigma legalista, abstraída esta de qualquer vinculação à crise do Estado Social. Este paradigma legalista, como bem enfatiza o aludido jurista, coloca a lei como o centro de todo o controle das relações sociais, no sentido de que “a legitimidade de toda a actividade social, quer dos indivíduos, quer do poder, deve ser avaliada por confronto com normas escritas, de carácter geral e abstracto, obedecendo a um modelo técnico-racional, e editadas pelo Estado.”²³¹ Este modelo legal, na visão correta de Hespanha, teria, como pressupostos, atuações em vários planos, quais sejam: a) no plano da legitimação, no sentido de haver um reconhecimento da lei como verdadeira tradução das aspirações populares, numa plena e verdadeira representação política; b) no plano da comunicação legal, em que a mensagem legislativa seja acessível(conhecida) a todos, o que envolveria problemas com o acesso à escrita(pelos analfabetos) e com a eficácia dos meios de comunicação social do direito; c) no plano da adequação social, pelo qual o modelo legalista estaria apto a lidar com todas as relações sociais existentes na sociedade civil, estandardizando a vida social, o que se torna mais difícil hodiernamente, em razão das progressivas diferenciações que surgem nas sociedades capitalistas. Como bem assevera Eduardo Faria, “com o alto grau de contradições e iniquidades sociais, com a gradativa oligopolização das forças produtivas e com a conseqüente coletivização dos conflitos, no âmbito da sociedade de classes, um dos pilares básicos da dogmática jurídica acabou sendo mortalmente atingido: a crença num pluralismo social redutível a uma unidade formal capaz de equilibrar antagonismos e harmonizar interesses...”²³²; d) no plano da relação entre Estado e sociedade civil, sendo que no Estado Liberal tal desvinculação entre estes entes é uma das vertentes dessa corrente ideológica, o mesmo não ocorrendo com o Estado Social.²³³

com o objetivo de assegurar patamares mínimos de igualdade, a partir dos quais haveria espaço para uma livre competição. A outra era é a da economia globalizada, que se afirma a partir da retomada dos fluxos privados de acumulação de capital e é progressivamente marcada pela desregulação dos mercados, pela ‘financeirização’ do capital, pela extinção dos monopólios estatais, pela privatização de empresas públicas, pela desterritorialização da produção e por uma nova divisão social do trabalho”. (Faria, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. Malheiros Editores Ltda., 1999, pp. 111).

²³¹ Hespanha, A M. Op. cit., p. 12.

²³² Faria, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 1998, pp.20-21.

²³³ Hespanha, A M. Op. cit., pp. 20-21.

Ora, pelo que já foi exposto neste trabalho, conclui-se que, atualmente, em nenhum dos planos acima o modelo legalista atua de forma sequer satisfatória, tornando evidente, como bem enfatiza Hespanha, a necessidade de se “estudar, sem preconceitos e sem mitos, quais as actuais funções, limites e tecnologias disciplinares vicariantes da legalidade, ganhando consciência do pluralismo normativo e traçando, a partir daqui, uma estratégia de desenvolvimento da ordem jurídica em que à lei não coubessem senão as funções a que ela hoje pode eficazmente dar realização.”²³⁴

É com o propósito supramencionado que manifestamos concordância com as propostas feitas por Hespanha, no que diz respeito à avaliação e uso do legalismo, numa redução da unidimensionalidade da regulação social apenas pela lei. Nesse sentido, explica o autor que tal revolução “copérnica”²³⁵ estaria vinculada a 3(três) estratégias que serão analisadas nas linhas seguintes.

A primeira vertente seria a deslegalização, no sentido de “libertar a lei da obrigatoriedade de intervenção em certos domínios e níveis das relações sociais”.²³⁶ Para tanto, aponta o mestre espanhol linhas a ser seguidas no programa de deslegalização: a) a revalorização do processo político, na escolha das diretrizes políticas a ser implementadas, com a multiplicação das instâncias de participação dos cidadãos na tomada das decisões e na fiscalização do seu cumprimento; b) a diversificação dos meios de comunicação entre Estado e cidadão, através das novas tecnologias da informação, em que o cidadão não apenas teria outros meios para se exprimir – além do sufrágio e da via jurisdicional –, como

²³⁴ Hespanha, A M. Op. cit., p. 23.

²³⁵ Para Hespanha, o paradigma legalista seria uma ilusão, longe, entretanto, de um propósito meramente equivocado, mas plenamente consciente, já que está inserida “numa conhecida matriz de legitimação do Estado contemporâneo(forma de dominação ‘legal-racional’, lhe chama M. Weber)”, produzindo “uma série de efeitos perversos que os juristas de hoje descrevem como ‘a crise da lei’”(destaques do autor). Nesse contexto, continua Hespanha, “a função da sociologia – e também da história, segundo creio – é justamente a de produzir um conhecimento crítico, distanciado e controlado, dos mecanismos legislativos, reduzindo este efeito ideológico que consiste em crer tanto na sua predominância como na inevitabilidade desta. Afastado o ‘centralismo legislativo’ – a que também já se chamou de ‘ptolomeísmo jurídico -, prepara-se caminho para que os políticos do direito situem de forma exacta a questão habitualmente designada por ‘crise da lei’. Questão que, segundo me parece, decorre do facto de que a imagem que os juristas(e não apenas eles) têm da lei e as esperanças que nela depositam não correspondem ao âmbito real de eficácia dos mecanismos legislativos, sendo antes um produto da imagem deformada das tecnologias de controlo social produzida pela ideologia política liberal. Esta imagem adequava-se ao contexto do universo político oitocentista(dando conta dele e legitimando-o).” (Idem., p. 29).

também teria a possibilidade de requerer informações personalizadas e fazer chegar ao Estado a sua reação.

Uma segunda estratégia defendida por Hespanha estaria centrada no fenômeno da relegalização, entendido como processo de redimensionamento e readequação do aparelho legislativo, onde, por intermédio da lei, garantir-se-ia um funcionamento justo de mecanismos regulativos não legais. Não se está a defender, como parece, uma total substituição da lei, mas sim um novo redimensionamento desta forma de controle social. Sobre este tema, são oportunos os comentários de Hespanha que seguem abaixo:

“Fundamental é, aqui, encontrar um modelo que permita compatibilizar a vigência dos mecanismos legislativos com a preservação da autonomia dos ordenamentos infra-estaduais. Neste ponto, a reflexão sobre a arquitectura do ‘sistema’ do direito ‘relegalizado’ poderia ter um importante valor heurístico, pois os seus princípios de construção eram justamente dominados pela idéia de manter a unidade, respeitando a diversidade, assegurar o controlo, sem esmagar a autonomia.”²³⁷

É claro que se torna pressuposto indispensável à via da relegalização a adoção de mecanismos que promovam o equilíbrio necessário à plena autonomia da vontade privada, observando-se, ainda, que “a devolução regulativa para a periferia terá que corresponder à capacidade desta periferia para se auto-organizar na justiça.”²³⁸

Como último caminho para a mudança radical nas funções do modelo legalista, aponta Hespanha a reestruturação formal da lei a estas novas funções. Tal reestruturação formal abrangeria os planos da linguagem e da estrutura lógica. No primeiro, afastar-se-ia o hermetismo de uma linguagem profissional altamente tecnicista, como a dos juristas, que não atinge o conhecimento da generalidade dos cidadãos. No segundo plano, deve buscar-se uma explicitação e depuração dos modelos lógicos, tornando a lei inteligível e, conseqüentemente, mais eficaz no âmbito da maioria dos seus destinatários.²³⁹

²³⁶ Hespanha, A M. Idem., p. 30.

²³⁷ Hespanha, A M. Op. cit. p. 35.

²³⁸ Hespanha, A M. Idem., pp. 37-38.

²³⁹ Hespanha, A M. Idem., pp. 38-39.

Mas não se pode falar em crise do paradigma legalista sem se reconhecer a atual fase de instabilidade vivenciada pela Dogmática Jurídica, arcabouço teórico que norteia a ação dos operadores do Direito como um todo. Nesse contexto, importante é a transcrição dos comentários de Tércio Sampaio Ferraz, que segue abaixo:

“Não resta dúvida de que, nos últimos anos, a Dogmática Jurídica enfrentou uma declarada crise em relação às exigências políticas, sociais e econômicas de nosso tempo. A princípio, ela limitou-se apenas a um posicionamento do jurista perante uma atitude profissional, que o obrigava a uma especialização constante, dado o tipo de formação recebida na sua Universidade. A questão, então, era somente de uma correção nas linhas do ensino e de adaptação às necessidades sociais emergentes. Hoje, porém, a crise chega até aos fundamentos, ao seu potencial argumentativo, à sua praxis decisória, aos respectivos resultados produzidos consciente ou inconscientemente e aos conteúdos de formação profissional. Em contraposição, nasce uma exigência crescente de conhecimento adequado da situação social do sistema jurídico e de sua praxis, com todas as suas conseqüências.”²⁴⁰

Não menos contundente é a crítica feita por Luiz Streck ao modelo jurídico existente no Brasil, onde a dogmática jurídica, no contexto de uma “sociedade moderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos.”²⁴¹

Para José Eduardo Faria, esta crise da dogmática vem demonstrar a forte influência do idealismo jurídico na formação do pensamento dogmático, o que implicou uma visão acrítica do direito positivo, ocultando as “origens históricas tanto de suas categorias quanto dos interesses políticos nelas subjacentes”.²⁴² Por tais motivos, salienta o mestre paulista, desta vez arrimado em Warat, que a dogmática jurídica, nesse contexto, produz uma “saturação ideológica no conhecimento do direito, uma inércia reflexiva, uma

²⁴⁰ Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo : Max Limonad, 1998, p. 11.

²⁴¹ Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 34.

²⁴² Faria, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 1998, p. 23.

falta de interesse no que se refere à mudança social, um certo conformismo e uma inclinação pela adequação de seus conceitos às situações conjunturais.”²⁴³ E mais do que isso, adverte Faria, dá a perceber “o papel do Estado de Direito de *topos* justificador do exercício da dominação política, uma vez que a amplitude das abstrações e generalizações exige a continuidade do monopólio da interpretação do sistema legal pelo Judiciário.”²⁴⁴

Urge, pois, que se adote uma nova dialetização entre a prática social e racionalidade formal, entreabrindo, assim, a necessidade de revisão dos institutos e categorias falsamente transparentes, buscando-se uma compreensão da organização e funcionamento das estruturas sociais, o que implica a “percepção da totalidade de suas significações, sem o que não há como se descobrir o conjunto de elementos determinantes que explicam os comportamentos, hábitos, obediências, submissões – enfim, as diferentes formas de socialização e integração dos indivíduos, trivialização e neutralização das tensões, repressão e exclusão dos conflitos.”²⁴⁵

²⁴³ Faria, José Eduardo. Op. cit., p. 25.

²⁴⁴ Faria, José Eduardo. Idem., p. 25.

²⁴⁵ Faria, José Eduardo. Idem., p. 27.

CONCLUSÃO

A construção de um modelo político, jurídico, econômico e social de um Estado deriva da postura ideológica prevalecente no Poder, o que implica, inevitavelmente, no tratamento dispensado à correlação entre os princípios da igualdade e da liberdade. Esta constatação é demonstrada por Carmén Lúcia Antunes Rocha, ao tomar por referência a passagem do paradigma liberal, no qual havia uma submissão da igualdade à liberdade, para o modelo do Estado Social, defendendo a ilustre jurista que “Liberdade sem igualdade é ficção política; igualdade sem liberdade é mentira social. Aquela deságua numa aristocracia inescrupulosa e desumana; esta submerge numa ditadura ingrata e estúpida.”²⁴⁶

Dessa forma, complementa a mencionada jurista mineira, “o que se tem por indiscutível é que liberdade/igualdade é binômio que ao Direito compete fazer valer como pedras de sustentação do seu sistema fundamental. Nenhuma delas suporta sozinha o edifício jurídico, a exclusão de qualquer uma conduzindo à perdição da proposta de justiça material.”²⁴⁷

Tanto a igualdade quanto a liberdade, como visto nos primeiros capítulos deste trabalho, possuem várias dimensões, as quais se projetam consoante o âmbito de sua aplicação e os aspectos ligados à pessoa humana que serão considerados. Assim, quando estamos a falar em igualdade e liberdade no plano político, deve se ter como parâmetro a igualdade civil defendida por Rousseau e a liberdade coletiva(ou negativa), porquanto fundamentos essenciais ao pleno exercício da cidadania política.

No plano jurídico, sobressai-se a igualdade material pregada por Marx e de conteúdo social e econômico, que servirá de parâmetro para a aferição de uma igualdade formal ou material, sendo esta última o fim maior a ser perseguido pela ordem econômica sob a denominação de Justiça Social. No que diz respeito às liberdades civis(negativas), devem ter a sua aplicação sempre voltada ao pleno gozo das capacidades básicas, propósito este que no liberalismo econômico torna-se inatingível.

²⁴⁶ Rocha, Cármem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*, Belo Horizonte : Lê S/A, 1990, p. 49.

²⁴⁷ Rocha, Cármem Lúcia Antunes. *Idem.*, p.49.

Um dos objetivos deste trabalho foi apontar a ineficácia social do ordenamento jurídico, em especial na regulação da ordem econômica, quando esta normatização exige a aplicação de princípios de índole protetiva de direitos sociais, implicando um necessário equilíbrio na correlação entre o direito à proteção e os direitos à igualdade e à liberdade. Tomou-se, por exemplo, o tratamento igualitário dado pelo ordenamento jurídico aos empregadores de pequeno porte econômico-financeiro – considerando que as isenções previstas na lei das microempresas nada representa para afastar tal tratamento – impondo encargos da mesma natureza, de forma a absolutizar o direito à proteção em detrimento da igualdade e da liberdade, nas suas diversas dimensões.

Ora, tem-se que apesar dos diferentes níveis de renda entre os atores sociais na pequena empresa, diferença esta em favor do empregador, mas numa proporção não tão distante, seria cabível admitir-se, ainda sim, uma igualdade de tratamento entre estes pequenos empregadores e os demais empregadores (médias e grandes empresas) integrantes da economia formal, pelo menos no aspecto econômico-financeiro ?

Está claro que negativa deve ser a resposta, pois a pobreza não pode ser restrita apenas ao fator renda, mas a uma privação de capacidades (embora a desigualdade de renda, por si só, já ensejaria um tratamento diferenciado). Isto porque, embora um pouco mais aquinhoados, os pequenos empregadores, em sua grande maioria, apresentam-se carentes do acesso pleno à saúde, à educação, ao saneamento básico e outras capacidades básicas.

Na verdade, a correlação de forças entre o direito à proteção e os direitos à igualdade e liberdade leva-nos a pensar que tal correlação só pode ter o seu perfeito equilíbrio alcançado mediante a aplicação da justiça distributiva idealizada por Aristóteles, de forma que a atribuição de menos ou mais encargos tenha como critério definidor a capacidade econômica e financeira de cada tipo de empregador.

Não há como se aceitar a tese de uniformidade de tratamento a empregadores pela legislação trabalhista. Não só pelos argumentos já apresentados, mas também, pela visão equivocada do princípio da igualdade. Este, como já visto no decorrer deste trabalho, deve ter como critério, no campo das relações econômicas, o tratamento

geométrico – proporcional, visando a observância da desigualdade material que acompanha a igualdade, como lados de uma mesma moeda.

Quanto ao sentimento de justiça social, o próprio texto constitucional, mais precisamente no *caput* do art. 170, a consagra como finalidade precípua da ordem econômica, fundamentada, entretanto, não apenas na valorização do trabalho humano, mas também na livre iniciativa, termo este cujo significado, como bem expõe Eros Roberto Grau, não pode ser interpretado como liberdade econômica ou de iniciativa econômica. Na verdade, ensina este jurista, a livre iniciativa a que se refere o dispositivo constitucional acima citado, diz respeito à liberdade real, material, como um atributo inalienável do homem, desde que se o conceba inserido no todo social e não exclusivamente em sua individualidade.²⁴⁸ Assim, ao considerar-se que a privação de capacidades gera a ausência de liberdades ao indivíduo para o seu desenvolvimento, como ensina Amartya Sen²⁴⁹, a valorização do trabalho e a livre iniciativa devem ser conjugadas harmoniosamente. Só dessa forma pode se entender que o tratamento diferencial às pequenas empresas, nas relações de trabalho, representa não apenas o reconhecimento da ausência de liberdades por parte dos pequenos empregadores, mas uma forma de dotar estes empregadores da liberdade necessária ao seu desenvolvimento econômico e social, propiciando, em contrapartida, benefícios aos trabalhadores que dificilmente os teriam, em razão da informalidade do seu labor.

Adotando-se os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello a respeito do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, uma legislação que desse tal tratamento estaria plenamente justificada, pois em harmonia com os critérios permissivos para este propósito, quais sejam: o correto estabelecimento do critério discriminatório (a capacidade econômico-financeira); a correlação lógica entre o critério discriminador escolhido e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado (atribuição de maiores encargos econômico-financeiros àquele empregador mais aquinhoado); e, por fim,

²⁴⁸ Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5^a ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000, p. 233.

²⁴⁹ Sen, Amartya . *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo : Companhia das Letras, 2000, p. 34.

que o *discrímen* se encontre de conformidade com o ordenamento jurídico posto(o atendimento pleno das premissas do pleno emprego e da livre iniciativa).

Ocorre, entretanto, que se a aplicação da lei trabalhista é de âmbito geral e abstrato, tal circunstância, como já visto nas lições de Celso Antonio Bandeira de Mello, não implicaria qualquer afronta ao princípio da isonomia, quando, como já visto, este princípio possui outras dimensões, inclusive de maior relevância do que a mera igualdade formal. O pior é que, mesmo em se reconhecendo a injustiça provocada pela norma, o fato de ser geral e abstrata não afastaria a sua aplicação. É o que se vê nos comentários de Norberto Bobbio nas linhas seguintes:

“Mesmo tendo um valor subordinado ao valor instaurado pela justiça retributiva e atributiva, também a justiça formal tem por si mesma, ou seja, independentemente do valor de justiça da norma, e mesmo no caso de norma injusta, um valor social, que é o de garantir a velha ordem até que esta seja substituída pela nova.”²⁵⁰

As assertivas acima transcritas só demonstram o acerto dos comentários apresentados no capítulo 7, acerca da crise da dogmática jurídica, em muitos dos seus fundamentos teóricos, sendo esta inabalável obrigatoriedade de aplicação de norma geral e abstrata, mas injusta para alguns, um exemplo clássico deste problema.

No tópico relativo à realidade sindical apresentada no capítulo 5, item 5.2., onde a efetividade do Enunciado 330 do TST, bem como da lei que possibilitou a instituição das comissões de conciliação prévia, mostrou-se inconsistente, observa-se que, diferentemente da situação exposta no item 5.1., tais aspectos de ordem jurisprudencial e legislativa apresentaram um direito à proteção, e até mesmo o direito à liberdade cívica (no sentido também do gozo de capacidades básicas), numa projeção bem menor, sobressaindo-se, em contrapartida, o princípio da igualdade. Na verdade, a igualdade aqui premiada é a

²⁵⁰ Bobbio, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4ª ed., Rio de Janeiro : Ediouro, 2000, p. 22.

meramente formal, porquanto foram desconsideradas as desigualdades regionais e sociais existentes no país, principalmente nas regiões rurais do Norte e Nordeste, o que aponta para o total descaso do Estado para com o princípio inserido no inciso VII do art. 170 da Constituição Federal.

Com efeito, observa-se naquele contexto a total ausência de políticas públicas que garantam ao trabalhador daquela região as condições mínimas de vida, além de não haver incentivos para a instalação de empresas com mentalidade empresarial descentralizada e refratária aos costumes culturais que beneficiam a classe dominante e que permeiam aquela localidade. Em razão disso, pouca é a capacidade de luta, de consciência crítica do trabalhador, levando-o a ter uma representatividade sindical ineficiente, senão nutrida por interesses nada éticos.

Além do já exposto a respeito dos itens contidos no capítulo 5 deste trabalho, a total ineficácia social dos aspectos legais apresentados nos faz refletir, ainda, sobre a competência exclusiva da União Federal para normatizar as relações de trabalho no âmbito nacional, pois sendo tantas as desigualdades sociais e econômicas nos âmbitos regionais e locais, parece-nos que mais eficaz seriam as normas editadas por um poder mais próximo das realidades sociais e econômicas e, portanto, com maior possibilidade de harmonia com tais conjunturas. Assim, seria uma primeira sugestão, no que diz respeito aos tópicos tratados no supramencionado capítulo, a concessão aos Estados da Federação e Municípios de uma competência concorrente sobre matéria trabalhista, deixando no âmbito da competência da União apenas a edição de normas abstratas de cunho mais axiológico.

É claro que, em razão da complexidade das relações sociais, e dos níveis de desigualdade social e econômica existente no nosso país, entendemos impossível uma legislação estatal que viesse a regular todas estas situações. Esta conclusão atua em favor do quanto foi exposto acerca da exaustão do modelo legalista no capítulo 6. Assim, seguindo as propostas formuladas por Antonio Hespanha, defendemos que haja uma relegalização das relações de trabalho, com o redimensionamento e a readequação do aparelho legislativo, no sentido de garantir-se um funcionamento justo dos mecanismos regulativos não legais. É claro que se torna pressuposto indispensável à relegalização a adoção de mecanismos que promovam o equilíbrio necessário à autonomia da vontade, em

sua plenitude. Dessa forma, sendo as entidades sindicais as responsáveis pela formulação de novas regras sobre condições de trabalho, é imprescindível uma reforma no modelo sindical atualmente existente, propiciando à classe trabalhadora a efetiva e verdadeira legitimidade da sua representação sindical.

A realização dessas políticas exige um conhecimento profundo da realidade econômica, suas causas e um estudo dos efeitos do seu impacto nas relações de trabalho e no sistema econômico como um todo. Nesse aspecto, citamos alguns critérios que poderiam ser adotados, como, por exemplo, a limitação no número de empregados conjugado com o faturamento da empresa; políticas afirmativas, favorecendo determinados setores da economia, como a agricultura, visando o retorno do homem ao campo e buscando reduzir os bolsões de miséria existentes nas grandes cidades; o fortalecimento do regime sindical e a adoção de políticas públicas direcionadas à educação para o trabalho.

Uma outra sugestão que, na verdade, estaria interligada às propostas já lançadas e que consiste numa crítica à ausência de diretrizes políticas que visem a diminuir as desigualdades sociais e econômicas latentes na sociedade brasileira, seria a assunção, pelo Estado, de alguns encargos sociais em relação aos pequenos empregadores, consoante os exemplos apresentados por Juan Francisco Dieste no capítulo 5. Para tanto, seria necessária a identificação e limitação das empresas ou empregadores pessoa física beneficiados, seja em relação à capacidade econômica e financeira, seja quanto ao número de empregados que possui.²⁵¹

Mas de nada adiantariam as propostas aqui mencionadas se não estabelecidas mudanças na estrutura política e econômica do Estado, o que nos leva a uma preocupação com a democracia neoliberal que permeia os Estados periféricos, dentre esses, o Brasil. Com efeito, além do problema da representatividade política que nunca, mesmo no

²⁵¹ Acreditamos que essa última proposta não tem a mínima oportunidade de realização pelo atual Governo Federal. Não porque já esteja em final de mandato, mas em razão da postura que tem sido adotada no plano macroeconômico, no sentido de dar-se maior cobertura e garantia às grandes e médias empresas, a exemplo do que ocorreu em relação ao PROER (programa de socorro financeiro aos bancos privados) e, recentemente, ao denominado seguro-apagão (a instituição de percentuais sobre o valor da conta da energia elétrica, visando o ressarcimento dos prejuízos auferidos pelas empresas de energia elétrica, muitas das quais já privatizadas). Por outro lado, não se tem notícia de qualquer programa de assistência financeira diferenciada aos micro-empresários pelos prejuízos auferidos em razão dos planos econômicos e da crise energética ocorrida até o início deste ano.

Estado Social, se apresentou efetivamente legítima, a influência da ideologia neoliberal nos tempos de hoje agrava ainda mais o quadro, porquanto, para este novo liberalismo “é fundamental romper com o modelo democrático vigente no *Welfare state*, pois isto representa, antes de mais nada, eliminar os caminhos para a ‘saturação’ do Estado e para a ‘asfixia’ da liberdade econômica, causadas por demandas de cunho social.”²⁵²

Como bem relata Costa Neto, necessária é a contenção da democracia da visão neoliberal, objetivada na desarticulação, despolitização das relações sociais, exaltando-se a liberdade como princípio moral intangível e absoluto. Nesse contexto, promove-se o deslocamento das decisões para a sociedade(leia-se mercado), afastando-se a figura do Estado forte(no sentido providencial), de forma a tornar o “mercado aberto e robustecido, imune aos influxos de uma sociedade neutralizada e de uma cidadania entorpecida, cada vez mais tibia e indiferente.”²⁵³

O importante é que as mudanças aqui propostas, bem como outras que venham a ser implementadas, tenham total consonância com a realidade econômica e social. Estas mudanças, como já frisado, dependem, basicamente, das políticas públicas a ser adotadas pelo Governo. Como bem assevera Eros Roberto Grau, a ordem econômica na Constituição de 1988, por estar repleta de cláusulas transformadoras, pode ser um instrumento bastante útil para a implementação de mudanças sociais voltadas à construção de outra realidade social. ²⁵⁴ Espera-se que esta nova e futura realidade tenha como pano de fundo a tão almejada Justiça Social.

²⁵² Neto, Nicolao Dino de Castro e Costa. A ideologia neoliberal e a globalização econômica ; o impacto no campo dos direitos fundamentais. In: *Boletim dos Produtadores da República*. Ano IV, n. 44, Dez. 2001, p. 22.

²⁵³ Neto, Nicolao Dino de Castro e Costa. *Idem.*, p. 22.

²⁵⁴ Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000, p. 351.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito : uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo : Saraiva, 1996.

_____. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. n°. 8, Recife : Universidade Federal de Pernambuco/ CCJ: Editora Universitária da UFPE, pp. 201-224, 1997.

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade – introdução à jurisprudência*. Coimbra : Livraria Almedina, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid : Imprenta Fareso, S. A., 1993.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: Sader, Emir, Gentili, Pablo (orgs). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, pp. 9-23, 1995.

ANTUNES, Ricardo. Entrevista: Os novos desafios da classe trabalhadora. In: *Revista Anamatra*. Ano XII, n° 40, pp. 7-11, mar./2001.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, São Paulo : Martin Claret, 2001.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre : Fabris, 1983.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição : fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3^a ed., São Paulo : Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo : Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. Trad. Magda Lopes, São Paulo : Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994

BELMONTE, Cláudio Petrini. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *In: Revista de Informação Legislativa*. Ano 36, n° 144, pp. 157-175, out./dez. 1999.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4ª ed., Rio de Janeiro : Ediouro, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000.

_____. *A constituição aberta*. 2ª ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 1996.

_____. *Do País Constitucional ao País Neoliberal (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 1999.

BORGES, José Souto Maior. Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988. *In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. V. 2, n° 3, pp. 311-324, Recife, jan./mar. 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1994.

CARMO, Julio Bernardo do. Da eficácia liberatória da quitação advinda de homologação de rescisão contratual trabalhista – cotejo do Enunciado 330/TST com o princípio da legalidade. *In: Revista LTr*. Ano 58, n°. 03, pp. 303-309.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico*. Curitiba : Juruá, 1999.

DIESTE, Juan Francisco. *Relações de Trabalho nas pequenas e médias empresas*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rev. Irazy Ferrari. São Paulo : Ltr, 1997.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social : pobreza, emprego, estado e futuro do capitalismo*. São Paulo : Paz e Terra, 1999.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 1999.

_____. *Eficiência jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo : Max Limonad, 1998.

FISCHER, Izaura Rufino. *A trabalhadora rural: conscientização política e social na empresa agrícola moderna*. Recife : Massangana, 2000.

FORRESTER, Viviane. *Uma estranha ditadura*. Trad. Vladimir Safatle. São Paulo : UNESP, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: uma introdução política do direito*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5^a ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3^a ed., São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000.

_____. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*. Porto Alegre : Fabris, pp. 59-75, 1995.

HESPANHA, A M. Lei e Justiça : história e prospectiva de um paradigma. In: Hespanha, António. *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Fundação Calouste Gulberkian, Lisboa, pp. 5-58, Set./1993

- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamengo. 2^a ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbekian.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 4^a ed. rev. atual. e ampl., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- MACHADO NETO, Antonio Luís. *Sociologia Jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1987.
- MEDEIROS, Erinalva, Reza, Jose Loli Ruiz . Democracia, igualdad y participación. *In: Revista Direitos & Deveres*. Universidade Federal de Alagoas, Centro de Ciências Jurídicas - CJUR. Maceió : Imprensa Universitária. n° 1, 1997
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 1999.
- MORAIS, Luiz Bolzan de. Cidadania. *In: Anais : 1º Congresso Estadual de Magistrados de Pernambuco : 07 a 10 de dezembro de 2000*. Recife : AMEPE : ESMAPE, 2001.
- M LLER, Friedrich. *Quem é o povo ? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. Rev. Paulo Bonavides. 2^a ed., São Paulo : Max Limonad, 2000.
- NETO, Nicolao Dino de Castro e Costa. A ideologia neoliberal e a globalização econômica ; o impacto no campo dos direitos fundamentais. *In: Boletim dos Produradores da República*. Ano IV, n. 44, Dez. 2001
- NEVES, Marcelo. Justiça e Diferença numa sociedade global complexa. *In: Souza, Jesse (org.). Democracia hoje : novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília : Editora Universidade de Brasília, pp. 329 – 363, 2001
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 2^a ed., São Paulo : Saraiva, 1999.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários aos Enunciados do TST*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Francisco de. Neoliberalismo à Brasileira. *In: Sader, Emir, Gentili, Pablo (orgs). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático.* Rio de Janeiro : Paz e Terra, pp. 24-28, 1995

PRADO, Ney. *Economia Informal e o direito no Brasil.* São Paulo : Ltr, 1991.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo : Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade.* Belo Horizonte : Lê S/A, 1990.

ROUSSEAU, Jean – Jacques. *Discurso sobre a origem e dos fundamentos da desigualdade entre os homens.* Trad. Maria Ermantina Galvão. 2^a ed., São Paulo : Martins Fontes, 1999.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional.* 2^a ed., Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo : Companhia das Letras, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

Dados obtidos no site do IBGE, no seguinte endereço eletrônico:

<http://www.ibge.gov.br/ibge/estatística/indicadores/trabalhoerendim.../analiseresultados2.sh>
t, 24.01.2001, às 21:30 horas.

Informações obtidas junto à Secretaria da Fazenda Estadual de Alagoas no seguinte site:
<http://www.alagoasonline.eti.br/alon/economia/economia.htm>.