

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

LUCIANA CAPLAN

A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NAS  
NEGOCIAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA  
TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

São Paulo

2007

LUCIANA CAPLAN

**A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NAS  
NEGOCIAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA  
TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em  
Direito Político e Econômico da Universidade  
Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial  
para obtenção do título de Mestre.

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR GILBERTO BERCOVICI

São Paulo

2007

Caplan, Luciana

A (in)disponibilidade dos direitos sociais fundamentais nas negociações coletivas de trabalho: uma reflexão a partir da teoria crítica dos direitos humanos / Luciana Caplan. – 2007.

112f; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

Bibliografia: f. 107-112.

1. Direito. 2. Direitos Humanos. 3. Direitos Fundamentais. 4. Direitos Sociais. 5. Direito do Trabalho. 6. Negociações Coletivas I. Título.

LUCIANA CAPLAN

**A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NAS  
NEGOCIAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO: UMA REFLEXÃO A PARTIR DA  
TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em  
Direito Político e Econômico da Universidade  
Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial  
para obtenção do título de Mestre.

Aprovada em março de 2007.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Gilberto Bercovici  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. Alysson Leandro Barbate Mascaro  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Profa. Dra. Flavia Cristina Piovesan  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, é imperativo o agradecimento aos professores do curso de Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, doutor Alysso Leandro Barbate Mascaro, doutor Ari Marcelo Sólón, doutor José Francisco Siqueira Neto, doutor Marcelo Fortes Barbosa Filho, doutor Gabriel Benedito Isaac Chalita, doutora Márcia Cristina de Souza Alvim e doutor Milton Paulo de Carvalho, pelos ensinamentos generosamente ministrados. Em especial, a meu orientador, Professor Doutor Gilberto Bercovici, exemplo de docente e de pesquisador, estímulo a todos que gozam do privilégio da convivência.

Ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nas pessoas do Doutor Luiz Carlos de Araújo, Excelentíssimo Presidente, e dos Doutores Flavio Alegretti de Campos Cooper e Lorival Ferreira dos Santos, respectivamente, Presidente e Coordenador da Escola da Magistratura, pelo apoio institucional, que possibilitaram a frequência às aulas e a elaboração deste trabalho.

A meus pais, pelo suporte material e afetivo, base de toda vida.

Ao Professor Doutor Joaquín Herrera Flores, homem de cultura invejável e cuja vontade de viver e crença num mundo mais justo com dignidade é exemplo para todos nós. Suas formulações no campo dos direitos humanos abrem searas que ele nos convida a trilhar juntos, em busca de meios para assegurar a todos e todas acesso igualitário aos bens materiais e imateriais que atendem às necessidades humanas para bem viver.

À Professora Doutora Regina Maria Michelotto e à turma da disciplina “Gramsci: Política e Educação” da pós-graduação em Educação da Universidade Federal do Paraná, pelo acolhimento, apoio e idéias, que fizeram com que este autor tomasse uma estatura ainda maior em minha pesquisa.

À Professora Doutora Flavia Cristina Piovesan, pelos ensinamentos no curso de “Doctorado em Derechos Humanos y Desarrollo” que indicaram, de maneira segura e firme, parte dos caminhos trilhados no presente trabalho.

Às amigas Janaína de Jesus Carneiro e Juliana Queiroz Guimarães, pelo apoio e compreensão, no período de pesquisa e elaboração do trabalho. A amizade e o coleguismo, ademais do apoio concreto e material, foram fundamentais para manter os pés no chão e uma saudável relação com a realidade.

Aos amigos Aloísio Cristovam Junior, Dulcilei Conceição Lima, Fabio de Barros Bruno, Renato Aparecido Gomes e Silvio Luiz de Almeida, e pelo fraterno apoio acadêmico, troca de livros e idéias que enriqueceram enormemente minha vida neste período.

Aos colegas magistrados de Primeira Instância do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região pelo suporte e desenvolvimento das atividades jurisdicionais no período de meu afastamento e, em especial, à doutora Tereza Aparecida Asta Gemignani, hoje magistrada de segunda instância, pela compreensão e apoio no primeiro período do curso, e cuja convivência no período de atuação como substituta junto à 9ª Vara do Trabalho de Campinas foi extremamente enriquecedora, pessoal e profissionalmente.

A realização deste trabalho não seria possível sem o amparo intelectual e afetivo dos inúmeros colegas, amigos e amigas, que restaram privados do convívio habitual, por muitas vezes, em razão da necessária dedicação a esta pesquisa. A colaboração direta e indireta prestou-se tão somente ao enriquecimento pessoal e deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo desvelar os entraves ideológicos à efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, a partir da teoria crítica dos direitos humanos e seus reflexos na efetivação dos direitos dos trabalhadores, em especial no tocante às cláusulas constantes de acordos e convenções coletivas de trabalho. Procuramos demonstrar como as construções teóricas acerca de direitos humanos, direitos fundamentais e direito do trabalho encontram-se marcadas por elementos da ideologia hegemônica liberal burguesa e de que forma estas teorias permitem a construção de práticas comprometidas tão somente com a reprodução do *status quo*. Por outro lado, a partir de uma proposta hermenêutica compromissada com as decisões políticas que elegeram os princípios constantes da Constituição da República, elaboramos uma proposta de critério de validade para cláusulas convencionais que importam em negociação de condições de trabalho ligadas a direitos humanos e fundamentais do ser humano trabalhador.

Palavras chave: Direito. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Direito do Trabalho. Negociações Coletivas.

## ABSTRACT

The present job intends to show the ideological impediments to the effectiveness of the economic, social and cultural rights, using the critical theory of the human rights and its consequences in the effectiveness of the worker's rights, in special in regards to the clauses of agreements and collective conventions of work. We look for to demonstrate as the theoretical constructions concerning human rights, fundamental rights and worker's rights are marked by elements of the bourgeois liberal hegemonic ideology and which way these theories allow the construction of practices that only are compromised with the reproduction of the *status quo*. On the other hand, with a hermeneutic proposal which is compromised with the political decisions which had chosen the principles which are in the Constitution of the Republic, we elaborate a proposal of criterions of validity for the conventional clauses that import in negotiation of conditions of work related to human and fundamental rights of the worker human being.

Words key: Right. Human rights. Basic rights. Social rights. Right of the Work. Collective bargainings.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
<b>CAPÍTULO 1 - <i>A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DESDE A TEORIA CRÍTICA</i></b> .....	16
1.1. A necessária fundamentação .....	16
1.2. A teoria crítica dos direitos humanos .....	18
1.1.1. A crítica ao essencialismo .....	19
1.1.2. A crítica ao jusnaturalismo .....	21
1.1.3. A crítica ao universalismo .....	25
1.1.4. O resgate dos direitos humanos .....	29
1.1.5. A dignidade da pessoa humana .....	31
1.1.6. Os direitos humanos como produtos culturais: a teoria crítica dos direitos humanos .....	34
<b>CAPÍTULO 2 – <i>A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A EXIGIBILIDADE E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS</i></b> .....	42
2.1. A questão da efetividade dos direitos humanos .....	42
2.2. Os entraves ideológicos à efetividade dos direitos humanos sociais .....	43
2.2.1. A dicotomia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais .....	47
2.2.2. A teoria de gerações: os direitos sociais são direitos humanos? .....	52
2.2.3. Direitos positivos e negativos. A exigibilidade dos direitos sociais ...	56
2.2.4. Os direitos sociais na Constituição Federal e os limites materiais à reforma constitucional: cláusulas pétreas? .....	68
<b>CAPÍTULO 3 – <i>A (IN)VALIDADE DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE DIREITOS HUMANOS SOCIAIS EM INSTRUMENTOS NORMATIVOS LABORAIS</i></b> .....	71
3.1. Os direitos sociais e o direito do trabalho .....	71

3.2. O princípio da norma mais favorável .....	72
3.3. A (in)validade de cláusulas normativas de renúncia de direitos .....	74
3.4. A contextualização das negociações: os sindicatos em tempos de globalização	79
3.5. A crise do Estado e da teoria constitucional .....	82
3.6. Critérios para análise de validade de cláusulas convencionais .....	83
<b>CAPÍTULO 4 - A ATUAÇÃO JURISDICIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: LIMITES E POSSIBILIDADES .....</b>	<b>88</b>
4.1. O papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos humanos .....	88
4.2. Os limites à atuação jurisdicional: a pirâmide da litigiosidade .....	98
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>104</b>
<b>BIBLIOGRAFIA CONSULTADA .....</b>	<b>107</b>



## INTRODUÇÃO

Apesar de contar com quase vinte anos de vida, a Constituição Federal de 1988 não chegou a firmar adequadas e fortes raízes no imaginário de muitos daqueles que trabalham diariamente com o Direito do Trabalho. Ao contrário, nascida quando já sopravam os ventos do neoliberalismo, foi motivo de conflitos teóricos e práticos com a legislação ordinária e, especialmente, quanto à elaboração e encaminhamento de políticas públicas atinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais.

No tocante à aplicação das normas coletivas oriundas de negociações entre sindicatos e empresas, olvida-se a lição de Lassale, mencionada por Eros Grau<sup>1</sup>: “[...] a Constituição é a expressão escrita da soma dos *fatores reais* do poder que regem uma nação”. Neste passo, ainda carregamos resquícios do caráter privatista que regulou as relações de trabalho no início da era capitalista, quando se compreendia que devia prevalecer a autonomia da vontade na contratação, sem a percepção da distinta condição dos então contratantes e das questões políticas que envolviam a disciplina das relações entre capital e trabalho e que interessavam à sociedade como um todo.

Este caráter privatista vem sendo reforçado pelas teorias jurídicas que se alinham com o neoliberalismo, na busca da supressão dos direitos humanos e fundamentais, verdadeiros “custos” para o capital que permanece defendendo a instituição do livre mercado, cuja “mão invisível” teria o condão de assegurar adequadas relações econômicas – mas também sociais, culturais, etc.

No campo da negociação coletiva do trabalho, sustenta-se que a autonomia privada deve prevalecer e não poucos têm sido os que reconhecem a validade de cláusulas em convenções e acordos coletivos de trabalho, ainda que importem em renúncia a direitos humanos e fundamentais. Com isto, busca-se justificar que a decisão política majoritária, espelhada na Constituição Federal, perca espaço para as decisões “políticas” das quais participam sindicatos verdadeiramente sucateados,

---

<sup>1</sup> GRAU, Eros Roberto. “Realismo e Utopia Constitucional”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (org.). *Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pág. 139.

seja pela estrutura legal a eles atribuída, seja pelas condições impostas pelo capital, na fase atual de acumulação adotada.

O pacto político resta prejudicado e o destino<sup>2</sup> da Constituição não é atendido: ela não é cumprida. Afinal, se é certo que não devemos tomá-la como panacéia, também não há dúvidas de que devemos respeitar, num Estado democrático de direito, os direitos nela afirmados, após o processo político que redundou em sua conversão de constituição real e efetiva em constituição escrita<sup>3</sup>.

Afirma Eros Grau: “(c)onsagrada legalmente determinada conquista social, o legislador não pode revogá-la, salvo quando a sua manutenção comprometa a subsistência das demais prestações<sup>4</sup>”. Ora, se esta é a condição para a regulamentação infraconstitucional das normas constitucionais por parte do legislador, outro não pode ser o tratamento às normas produzidas pelos cidadãos: os contratos não podem afrontar as disposições constitucionais e, portanto, também não podem fazê-lo as normas coletivas de trabalho.

As teorias tradicionais acerca dos direitos humanos e, por conseqüência, dos direitos fundamentais, no entanto, ao adotar feições eminentemente jusnaturalistas ou positivistas do Direito, acabam, muitas vezes, por comprometer a efetividade destes direitos. A ausência de melhor compreensão da fundamentação e da real potencialidade emancipatória dos direitos humanos e fundamentais acaba por transformá-los em meros instrumentos retóricos, perseguidos como um fim em si mesmos. Há uma mistificação dos instrumentos que os prevêm e um caráter platônico de seu reconhecimento, mesmo sem garantias materiais concretas<sup>5</sup>.

Segundo Gallardo<sup>6</sup>:

El principal desafío popular que plantean derechos humanos es la distancia entre lo que se dice y se hace en este campo. Con el discurso de derechos humanos reinante, por ejemplo, se hace posible su división en absolutos y progresivos, siendo los primeros sagrados e inviolables (lo que no impide que se los niegue a poblaciones determinadas [...])

<sup>2</sup> Ibidem, pág. 140.

<sup>3</sup> Ibidem, pág. 139.

<sup>4</sup> Ibidem, pág. 140.

<sup>5</sup> Ibidem, pág. 137.

<sup>6</sup> GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social*. Bogotá: Ediciones desde abajo, 2006. pág. 36.

y los segundos virtuales y opcionales, es decir que se intentará cumplirlos cuando se den condiciones, especialmente las financieras, para ello<sup>7</sup>.

No presente estudo, portanto, alinhamo-nos com a teoria crítica dos direitos humanos, em especial com os estudos formulados por Joaquín Herrera Flores. Com isto, no primeiro capítulo, investigamos a fundamentação dos direitos humanos, procurando inseri-los num plano de imanência, resistindo às teorias transcendentais que os atribuem à mera condição humana, à Deus ou à razão humana, mediante o resgate de sua dimensão política.

No segundo capítulo, a partir da análise da dicotomia entre direitos humanos e fundamentais e da divisão de direitos humanos em “gerações”, passamos a analisar as teorias existentes acerca dos direitos sociais, com intuito de desvelar os processos ideológicos subjacentes à negativa de aplicabilidade imediata e justiciabilidade a eles.

No terceiro capítulo, buscamos analisar como estes processos ideológicos acabam por refletir na teorização acerca dos direitos do trabalho, direitos sociais por excelência e, por conseqüência, na interpretação realizada acerca da validade de cláusulas de acordos e convenções coletivas de trabalho, justificando-se a prevalência das decisões privadas sobre o pacto político coletivo, mesmo num cenário de desmonte da estrutura sindical, tal como o levado a termo pelo processo neoliberal de globalização.

Diante da crise do Estado, dos conflitos das teorias constitucionais, do desmonte da atuação dos atores sociais e da atribuição de papéis que negam o conflito capital-trabalho, o Poder Judiciário encontra-se em situação de absoluta perplexidade. Assim, no último capítulo, urge a análise dos limites e possibilidades da atuação jurisdicional, num Estado democrático de Direito, a fim de que seja cumprido seu papel institucional sem prejuízo da salvaguarda das instituições democráticas, mediante respeito ao papel político que incumbe a cada um. Como ensina Piovesan<sup>8</sup>: “[...] a busca

---

<sup>7</sup> Tradução livre: “O principal desafio popular que apresentam os direitos humanos é a distância entre o que se diz e o que se faz neste campo. Com o discurso de direitos humanos reinante, por exemplo, faz-se possível sua divisão em absolutos e progressivos, sendo os primeiros sagrados e invioláveis (o que não impede que sejam negados a populações determinadas [...]) e os segundos virtuais e opcionais, ou seja que se tentará atender quando se dêem condições, especialmente as financeiras, para isso.

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. pág. 66.

democrática não se atém apenas ao modo pelo qual o poder político é exercido, mas envolve também a forma pela qual direitos fundamentais são implementados”.

Aloysio Ferraz Pereira identifica três tendências no pensamento jurídico atual<sup>9</sup>:

“1. o do individualismo voluntarista, que hoje alimenta a ideologia internacionalista e os negócios da globalização; 2. o da retórica lingüístico-sofística, a serviço também do capital mundializado e do correspondente consumismo periférico; e 3. o do tecno-cientificismo conceitual, alheio a toda filosofia, mas temente a Deus, com laivos involuntários de jus-naturalismo (leia-se jus-racionalismo de tipo utilitário).”

Pretendendo esquivar-nos destas orientações, na construção de um pensamento imanente, comprometido e emancipador, trabalharemos com as seguintes hipóteses:

a) os direitos humanos são os produtos culturais ocidentais provisórios de lutas travadas pelos seres humanos para aceder de maneira igualitária aos bens materiais e imateriais necessários à vida e, como tal, independem de posituação, seja em esfera nacional ou internacional, embora demandem a construção de um sistema de garantias, inclusive jurídicas, para sua efetivação.

b) os direitos fundamentais são direitos positivados na ordem constitucional de cada Estado, caracterizados como tal a partir da universalidade da titularidade, podendo ser um dos meios jurídicos de garantia dos direitos humanos.

c) os direitos econômicos, sociais e culturais são, tal como os direitos civis e políticos, oriundos de processos culturais de luta por condições de acesso igualitário aos bens materiais e imateriais necessários à vida humana e, como tal, caracterizam-se como direitos humanos.

d) os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, embora pertencentes à mesma categoria de direitos humanos e/ou direitos fundamentais, são oriundos de processos culturais empreendidos em momentos históricos distintos e com atores sociais distintos, inserindo-se em diferentes processos hegemônicos pelo que se atrelam também a diferentes discursos ideológicos tendentes a justificar e fortalecer a eficácia e efetividade dos direitos na medida do interesse dos grupos mais fortes em cada momento histórico.

<sup>9</sup> PEREIRA, Aloysio Ferraz. “Prefácio”. MAMAN, Jeanette Antonios. *Fenomenologia Existencial do Direito: crítica ao pensamento jurídico brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. págs. 11-14.

e) os direitos do trabalho, enquanto direitos sociais, acabam por ter sua justiciabilidade e efetividade prejudicadas pela teorização geral acerca dos direitos sociais, permitindo um aumento do entendimento privatista, reforçado pelo enfoque neoliberal, que nega a necessidade de intervenção do Estado na regulação das desiguais relações entre capital e trabalho, e sustenta a necessidade de reconhecimento da autonomia da vontade, a qualquer preço, ainda que à custa do desrespeito às normas constitucionais.

f) diante dessa realidade, o Poder Judiciário tem a função institucional de assegurar, em suas decisões, o pleno respeito à Constituição da República, enquanto garantidor do Estado Democrático de Direito, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Assim, a investigação direcionou-se para:

a) a (in)disponibilidade de direitos humanos em convenções e acordos coletivos de trabalho, numa perspectiva não transcendente nemjusnaturalista;

b) a (in)disponibilidade de direitos fundamentais, enquanto instrumentos de garantia de direitos humanos, em convenções e acordos coletivos de trabalho, a partir de instrumental fornecido pelo direito constitucional e da hermenêutica constitucional.



## CAPÍTULO 1

### *A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DESDE A TEORIA CRÍTICA*

#### 1.1. A necessária fundamentação

Cotidianamente, temos a impressão de que todos “sabem” intuitivamente o que são direitos humanos, tomando posições e decisões a respeito. Porém, não constatamos esta mesma “facilidade” quando se necessita de conceitos e definições<sup>10</sup>, o que acaba por comprometer sua efetividade.

O termo “direitos humanos” dá a sensação de que não há nada a ser perguntado, como se fosse auto-explicativo e, por consequência, dispensável a reflexão a respeito. Pérez Luño atribui este fenômeno ao fato de que o uso de alguns termos alcançou tal difusão, a ponto de caracterizar as inquietudes de uma época ou o modo de pensar de uma cultura<sup>11</sup>.

A categoria “direitos humanos” teria sofrido este processo em razão de ter se apresentado, desde o século XVIII, como critério inspirador das instituições jurídico-políticas e, após o término da Segunda Guerra Mundial, como idéia guia da doutrina e da práxis política<sup>12</sup>. No entanto, justamente o aumento da extensão de uso do termo acabou levando à maior imprecisão de seu significado<sup>13</sup>.

A recusa de Bobbio em preocupar-se com a fundamentação e definição dos direitos humanos é atribuída a este fato<sup>14</sup>: “[...] A esa vaguedad conceptual de los derechos humanos se ha referido expresamente Norberto Bobbio, para quien en la mayor parte de las ocasiones esta expresión o no es realmente definida, o lo es en términos poco satisfactorios. [...]”<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito e Filosofia Política: a Justiça é Possível*. São Paulo: Atlas, 2003. pág. 53.

<sup>11</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005. pág. 23.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág. 24.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pág. 27.

<sup>15</sup> Tradução livre: “A essa vagueza conceitual dos direitos humanos referiu-se expressamente Norberto Bobbio, para quem na maior parte das ocasiões esta expressão ou não é realmente definida, ou é em termos pouco satisfatórios”.

Norberto Bobbio<sup>16</sup> sustentara que, no estudo dos direitos humanos, a questão de sua fundamentação deveria ser abandonada para que a preocupação se dirigisse apenas à questão de sua efetividade, pois diante da existência destes direitos, deveríamos nos preocupar apenas em torná-los realidade.

Discordamos e pensamos que o trabalho com o tema de direitos humanos demanda, inicialmente, que seja realizada a precisão teórica do objeto que, embora seja tomado como uma das pedras fundamentais da modernidade, ensejou discordâncias sobre seu sentido real dentro do próprio âmago do Iluminismo, antes mesmo da Revolução Francesa<sup>17</sup>, quando ainda não se falava em direitos humanos, mas em direitos do homem e do cidadão.

Além disso, embora seja respeitável a pretensão do mestre italiano em buscar a plena efetivação dos direitos humanos, seu desprezo pela busca da fundamentação acaba por revelar a intenção de resguardar uma teoria pronta, única e universal, “[...] que se propone como un conjunto de proposiciones absolutamente indiferentes a sus condiciones de verdad [...] porque siempre es verdadera<sup>18,19</sup>”. Para Bobbio, os fundamentos estão dados, sendo irrelevantes as condições reais da vida concreta das pessoas<sup>20</sup>.

Ocorre que a ausência de discussão sobre a fundamentação não permite problematizar adequadamente o fato de que, embora tidos como pautas universais éticas, morais, políticas e culturais sob as quais devem estar não apenas os indivíduos e grupos sociais, mas também os governos nacionais, os direitos humanos, depois de quase seis décadas de vida da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, permanecem sendo contínua e sistematicamente violados, tendo passado, em sua teorização, de normas mínimas ou básicas a tetos ou normas máximas<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 18ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

<sup>17</sup> LINDGREN ALVES, J.A. “As Conferências Sociais da ONU e a Irracionalidade Contemporânea”. In: LINDGREN ALVES, J.A. *et alli. Direito e Cidadania na Pós-Modernidade*. Piracicaba: Unimep, 2002. págs. 17-90.

<sup>18</sup> Tradução livre: “que se propõe como um conjunto de proposições absolutamente indiferentes a suas condições de verdade [...] porque sempre é verdadeira”.

<sup>19</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madri, Los Libros de la Catarata, 2005. págs. 68-69.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pág. 69.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pág. 72.

Gallardo<sup>22</sup> afirma que “[...] el principal desafío de derechos humanos (la distancia entre su propuesta, su valoración y su cumplimiento) tiene como uno de sus factores la incompreensión sobre sus fundamentos<sup>23</sup>”.

Torna-se essencial, assim, a discussão sobre a fundamentação dos direitos humanos na construção de teorias que partam de problemas concretos de pessoas concretas<sup>24</sup>:

[...] ir de nuevo al concepto y a los fundamentos de los derechos, escribiendo e investigando sobre ellos, pero siempre y en todo momento trabajando a la atención de las víctimas de las injusticias y opresiones, y con el objetivo de reinventar la vida de todas y de todos en función de la dignidad y no de la mera coherencia formal o lógica de los textos<sup>25</sup>.

## 1.2. A teoria crítica dos direitos humanos.

Diante da necessidade de fundamentação, vamos buscar subsídios na teoria crítica dos direitos humanos, pretendendo a contextualização da categoria, com intuito de resgatar a possibilidade de sua efetivação.

### 1.2.1. A crítica ao essencialismo

As aproximações teóricas em relação aos direitos humanos, muitas vezes, caem em puras abstrações, vazias declarações de princípios ou confusões com categorias afins<sup>26</sup>. Ao pensá-los crítica e concretamente, no entanto, percebemos que eles constituem um objeto de natureza normativa de alta complexidade, nos quais há confluência de elementos ideológicos e culturais.

<sup>22</sup> GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social...* pág. 22.

<sup>23</sup> Tradução livre: “[...] o principal desafio em direitos humanos (a distância entre sua proposta, sua valorção e seu cumprimento) tem como um de seus fatores a incompreensão sobre seus fundamentos.”

<sup>24</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...* pág. 73.

<sup>25</sup> Tradução livre: “[...] ir de novo ao conceito e aos fundamentos dos direitos, escrevendo e investigando sobre eles, mas sempre e em todo momento trabalhando em atenção às vítimas das injustiças e opressões, e com o objetivo de reinventar a vida de todas e de todos em função da dignidade e não da mera coerência formal ou lógica dos textos”.

<sup>26</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. “Hacia una vision compleja de los derechos humanos”. HERRERA FLORES, Joaquín (ed.) *El Vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. pág. 19.

O discurso teórico tradicional construiu acerca dos direitos humanos um mito irresponsável que os considera um objeto de estudo autônomo da realidade concreta, pretendendo-se, assim, objetividade em seu estudo e prática<sup>27</sup>.

Ocorre que, culturalmente, produzimos categorias com transcendência jurídica e política que são ficções aplicadas ao processo de construção social da realidade. Os direitos humanos, assim, são ficções resultado de produção cultural e, como tal, são híbridos, mesclados e impuros, determinados pela história e pelo trabalho interpretativo da humanidade<sup>28</sup>. Portanto, estas necessárias ficções são construções culturais complexas situadas em determinado contexto<sup>29</sup>.

A busca da essência dos direitos humanos não deve se prestar a justificar qualquer tipo de transcendência, mas para identificar como substância aquilo que está por baixo, que subjaz, que suporta: o contexto dos fenômenos a partir do qual é possível descrevê-los e conhecê-los. No caso dos direitos humanos, os contextos sociais e econômicos<sup>30</sup>, refletindo reações culturais ao processo de acumulação de capital em suas diversas fases.

A análise dos direitos humanos de forma contextualizada, portanto, não estará restrita à contemplação e controle de sua coerência interna<sup>31</sup>. Afinal, a compreensão da categoria não pode se dar, na atualidade, da mesma forma que em 1948, quando da redação da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>32</sup>. Isto porque aos direitos humanos foram impostas mudanças, ditadas pelo contexto em que se inserem. Não podemos ignorar estas transformações, nem ignorar os interesses ideológicos que os perpassam.

É certo que o reconhecimento jurídico de um fenômeno importa, na maior parte das vezes, na negativa de seu caráter ideológico, de sua vinculação com interesses concretos (e, portanto, com a política) e de seu caráter cultural<sup>33</sup>. Tradicionalmente, caímos em essencialismos acerca das

---

<sup>27</sup> Ibidem, pág. 20.

<sup>28</sup> Idem.

<sup>29</sup> Ibidem, pág. 21.

<sup>30</sup> Idem.

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> Ibidem, pág. 22.

<sup>33</sup> Ibidem, pág. 23.

categorias jurídicas, como se elas existissem no mundo, independentemente da atuação humana. Nas palavras de Herrera Flores<sup>34</sup>:

[...] es decir, se le saca del contexto, se universaliza y, por ello, se le sustrae su capacidad y su posibilidad de transformarse y transformar el mundo desde una posición que no sea la hegemónica. Esta tendencia es la que permite que el derecho pueda ser objeto exclusivamente de análisis lógico-formales y sometido a cierres epistemológicos, como si las normas jurídicas estuvieran separadas y aisladas de los contextos y los intereses que necesariamente subyacen a toda producción normativa<sup>35</sup>.

Em não havendo uma essência imutável a condicionar os direitos humanos<sup>36</sup>, seu estudo não pode mais se pautar no discurso e prática da época da economia keynesiana e do Estado de Bem Estar Social, mas inserindo-os nos contextos sociais, culturais e políticos em que se formam e se desenvolvem<sup>37</sup>. Este posicionamento contraria as tradicionais doutrinas acerca de direitos humanos e fundamentais que, como veremos adiante, costumam fundamentar os primeiros a partir de um ponto de vista jusnaturalista.

### 1.2.2. A crítica ao jusnaturalismo.

A fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos, por sua vez, nega a força condicionante dos contextos. E, nos autores que tradicionalmente pesquisam os direitos humanos, ela prevalece.

A crítica é realizada principalmente por filósofos e sociólogos críticos do direito, mais do que por estudiosos da dogmática constitucional e internacional, ainda que crítica, e que dirigem os olhares e atenções aos direitos positivados no ordenamento jurídico.

<sup>34</sup> Idem.

<sup>35</sup> Tradução livre: “[...] quer dizer, tira-se do contexto, universaliza-se e, por isto, subtrai-se sua capacidade e sua possibilidade de transformar-se e transformar o mundo desde uma posição que não seja a hegemônica. Esta tendência é a que permite que o direito possa ser objeto exclusivamente de análises lógico-formais e submetido a fechamentos epistemológicos, como se as normas jurídicas estivessem separadas e isoladas dos contextos e dos interesses que necessariamente subjazem a toda produção normativa”.

<sup>36</sup> Acreditamos que a posição de Bobbio de desprezo pela fundamentação decorre exatamente desta impossibilidade de se encontrar uma essência imutável, eterna e universal para os direitos humanos, aliada a uma posição “neutra” acerca do direito, que impediu sua compreensão a partir de sua contextualização e do reconhecimento de sua íntima relação com a política.

<sup>37</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. “Hacia una vision compleja de los derechos humanos”..., pág. 24.

Gallardo<sup>38</sup>, por exemplo, formula a crítica à posição jusnaturalista acerca dos direitos humanos com intensidade. Para ele<sup>39</sup>, o fundamento dos direitos humanos é “[...] enteramente político, o sea sócio-histórico. [...] estos derechos [...] carecen de todo carácter natural, sagrado o innato<sup>40</sup>”. São, assim, direitos produzidos social e politicamente e sustentados culturalmente. Sua origem está ligada a correlações de força com maior ou menor capacidade social de judicialização de demandas relacionadas com interesses setoriais que, com sua luta, conseguem legitimar os valores que sustentam em seus reclames como fatores ou expressões culturais. Os direitos humanos, para Gallardo<sup>41</sup>, têm por fundamento a luta social de grupos sociais determinados e sua efetividade depende da judicialização (possibilidade de reclamação perante o Poder Judiciário) que seja reconhecida e aceita culturalmente<sup>42</sup>.

A concepção sócio-histórica defendida por ele<sup>43</sup> diverge da interpretação jusnaturalista e das concepções metafísicas de direitos humanos. Também diverge do entendimento de que os direitos humanos dependam de reconhecimento constitucional ou jurídico, ainda que reconheça que sua efetividade possa depender da judicialização.

Enquanto fundamentação, o relevante nos direitos humanos, para Gallardo, são as lutas sociais<sup>44</sup> que precedem o reconhecimento destes direitos enquanto capacidades exigíveis perante circuitos judiciais<sup>45</sup>.

A importância da recuperação da dimensão complexa dos direitos humanos mediante rechaço da teoria naturalista reside na crítica dos pressupostos racionais retirados dos contextos e

<sup>38</sup> GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social*.

<sup>39</sup> Ibidem, pág.7.

<sup>40</sup> Tradução livre: “[...] inteiramente político, ou seja, sócio-histórico. [...] estes direitos [...] carecem de todo caráter natural, sagrado ou inato”.

<sup>41</sup> Ibidem, pág.8.

<sup>42</sup> Segundo ele: “[...] derechos humanos tienen como fundamento luchas sociales que se proponen transferencias de poder que deben quedar establecidas en la legislación y ser culturalmente asumidas para que las resoluciones judiciales alcancen eficacia”. Ibidem, pág. 37.

<sup>43</sup> Ibidem, pág.8.

<sup>44</sup> Afirma ele: “[...] ninguna capacidad legítimamente humana y reconocida como derecho puede ser valorada como eterna o sagrada. Cada una y todas ellas pueden perderse, congelarse, no cumplirse jurídicamente o revertirse, puesto que expresan un compromiso político, una determinada correlación de fuerzas que los sectores populares deben defender en cada momento”. Ibidem, pág. 97. Tradução livre: “[...] nenhuma capacidade legítimamente humana e reconhecida como direito pode ser valorada como eterna ou sagrada. Cada uma e todas elas podem se perder, congelar, não se cumprir juridicamente ou reverter-se, posto que expressam um compromisso político, uma determinada correlação de forças que os setores populares devem defender em cada momento”.

<sup>45</sup> Ibidem, pág.9.

apresentados como universais, como não situados, não diferentes, não históricos<sup>46</sup> e que pretendem marcar tudo o que deles diverge como irracional.

Desta forma, a perspectiva complexa dos direitos humanos é incompatível com a razão liberal, que se desenvolve fundada numa suposta força compulsiva dos fatos e torna os pressupostos básicos naturais, convertendo propostas ideológicas e ficções em processos naturais irreversíveis<sup>47</sup>.

Relevante a constatação de Herrera Flores acerca da situação dos direitos humanos sob o manto do pensamento moderno<sup>48</sup>:

Los derechos humanos quedan reducidos, desde el punto de vista de esta racionalidad, a derechos de propietarios que se piensan a partir del mercado. Los sujetos están instalados en la relación mercantil vista como el ámbito de la libertad natural, lugar desde el que se abomina de toda planificación e intervencionismo<sup>49</sup>.

Assim considerados, os direitos humanos só existem se compatíveis com a pretensão de não limitação do mercado e, caso contrário, tornam-se distorções a serem combatidas e evitadas, posto que irracionais<sup>50</sup>. Sob o manto desta suposta irracionalidade, no entanto, encontra-se o cálculo do custo econômico do reconhecimento de direitos e garantias constitucionais aos cidadãos e a opção pela supressão do que não interessa ao mercado, ainda que importe na negação de direitos dos seres humanos corporais e, como tal, atinentes às suas reais necessidades<sup>51</sup>.

Não temos dúvidas, assim, de que sob o argumento de uma razão única reside, na verdade, a ideologia liberal de mercado a sustentar os preceitos necessários ao desenvolvimento do modo de produção capitalista. Desta forma, podemos vislumbrar no jusnaturalismo uma opção política e ideológica de manutenção de uma determinada ordem social e – principalmente – econômica. Não se trata mais, assim, de buscar na razão – ou em Deus – o fundamento dos direitos

---

<sup>46</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. “Hacia una vision compleja de los derechos humanos”..., pág. 25.

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> Idem.

<sup>49</sup> Tradução livre: “Os direitos humanos ficam reduzidos, desde o ponto de vista desta racionalidade, a direitos de proprietários pensados a partir do mercado. Os sujeitos estão instalados na relação mercantil vista como o âmbito da liberdade natural, lugar desde o que se abomina todo planejamento e intervencionismo”.

<sup>50</sup> Ibidem, pág. 26.

<sup>51</sup> Idem.

humanos em essências imutáveis, mas em reconhecer neste tipo de fundamentação a ideologia comprometida com a manutenção do *status quo*.

De nosso lado, entendemos os direitos humanos como categoria que demanda o resgate de seu sentido emancipador. Como tal, é necessário a rejeição das teorias jusnaturalistas e o rompimento com a ideologia liberal, com intuito de buscar caminhos pontuados, acima de tudo, pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

Há que se romper com os ensinamentos de John Locke, fundantes da tradição anglo-saxã a respeito de direitos humanos e que, segundo Hinkelammert<sup>52</sup>, funciona como fórmula sobre a qual se apóia a atual estratégia de globalização.

Afinal, todo o pensamento de Locke é individualista, invisibilizando as relações humanas conflitivas que subjazem ao reclame por direitos humanos e visualizando o fundamento destes direitos no<sup>53</sup> “[...] indivíduo, libre (o sea autónomo), racional, *propietario* e igual<sup>54</sup>”.

A partir daí, a concepção jusnaturalista moderna permite não apenas a noção como também a valoração fechada da natureza humana com adoção de um referencial metafísico e ideológico que autoriza a negação de todo o direito e humanidade àqueles que não coincidam com essa natureza humana<sup>55</sup>.

Com isso, passa a se justificar aquilo que Hinkelammert denomina a “inversão dos direitos humanos”, ou seja, o uso da argumentação sobre os direitos humanos para justificar sua violação<sup>56</sup>. Em síntese, o jusnaturalismo veio funcionando, ao longo dos séculos como teoria a embasar práticas que interessavam aos grupos hegemônicos<sup>57</sup>. No entanto, refutamos a existência de

---

<sup>52</sup> HINKELAMMERT, Franz J. “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”. HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.) *El Vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. págs. 82 e 105.

<sup>53</sup> GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social...*, pág. 29.

<sup>54</sup> Tradução livre: “[...] indivíduo, livre (ou seja, autônomo), racional, *proprietário* e igual”.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pág. 31.

<sup>56</sup> A respeito, ver HINKELAMMERT, Franz J. “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”... e sua argumentação sobre a exploração dos indígenas na América recém “descoberta” pelos conquistadores espanhóis, bem como sobre a “intervenção humanitária” representada pela Guerra em Kosovo, na qual, sob o argumento do combate às violações aos direitos humanos perpetradas pelos sérvios, justificou-se a destruição da infra-estrutura do país, através de constantes bombardeios levados a termo pelos países que compõem a OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte.

<sup>57</sup> Pensemos na “justificada” atuação civilizatória sobre os indígenas na América Latina, ao tempo do “descobrimento”, bem como no papel “libertador” dos escravos negros, batizados pela Igreja Católica com intuito de “salvar” suas almas,



qualquer fundamento natural ao Direito e aos direitos humanos, seja ele divino ou racional e comungamos com a conclusão de Gallardo sobre a questão<sup>58</sup>: “No existe, por tanto, ningún Derecho natural ni una referencia a un sentimiento de justicia que sostenga o sea matriz de las normas legales. Las normas legales lo son porque han seguido el proceso jurídico que las hace leyes, o sea normas vinculantes<sup>59</sup>”.

### 1.2.3. A crítica ao universalismo.

No trabalho de reapropriação da categoria, há que se considerar, ainda, que o conceito de direitos humanos que se impôs na época da Guerra Fria fundou-se em duas características básicas<sup>60</sup>: a primeira, já vista, diz respeito à sua apresentação como produtos de essências imutáveis e não, como de fato são, produtos culturais ou convencionais<sup>61</sup>. A segunda característica é sua pretensa universalidade e seu pertencimento inato a todos os seres humanos. Esta postura reflete a racionalidade moderna.

Max Weber iniciou sua obra “*A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*” indagando que combinações de circunstâncias levaram ao fato de que, na civilização ocidental – e apenas nela –, apareceram fenômenos culturais que se apresentariam numa “(...) linha de desenvolvimento de significado e valor *universais*<sup>62</sup>”. A partir desta indagação, passou a fundamentá-la apresentando fatos que demonstrariam esta “universalidade” em detrimento da “particularidade” do conhecimento e culturas não ocidentais<sup>63</sup>.

---

por exemplo.

<sup>58</sup> GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social...*, pág. 45.

<sup>59</sup> Tradução livre: “Não existe, portanto, nenhum Direito natural nem uma referência a um sentimento de justiça que sustente ou seja matriz das normas legais. As normas legais o são porque seguiram o processo jurídico que as faz leis, ou seja, normas vinculantes”.

<sup>60</sup> Também neste sentido, ver PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos...*, pág. 34.

<sup>61</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...*, pág. 118.

<sup>62</sup> WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2005. pág. 23.

<sup>63</sup> *Ibidem* págs. 23 e ss. Na verdade, Weber analisa a cultura ocidental européia e não a cultura ocidental como um todo.

O que nos interessa, neste momento, mais que a conclusão a que chega Weber a partir desta questão, é a premissa de que parte: a idéia da universalidade da cultura ocidental européia e de sua superioridade sobre as demais manifestações culturais, que eram, para ele, não racionais.

No tocante aos direitos humanos, a doutrina ocidental adota a pretensão da universalidade como única forma de manifestação da Razão e, como tal, apenas o que coincida com esta medida universal da Razão poderá ser considerado racional e, o restante, será tratado como irracional, bárbaro e passível de ser “civilizado”<sup>64</sup>.

Daí que talvez a característica mais forte da categoria dos direitos humanos, em todas as construções teóricas, seja sua pretensão de universalidade, nada obstante tratar-se, de fato, de uma manifestação cultural ocidental diante de necessidades reais de emancipação humana.

Tratando das conquistas da Conferência de Viena de 1993, Lindgren Alves relata que alguns Estados não ocidentais questionaram a universalidade dos direitos humanos, estabelecida originalmente pelo Iluminismo e consagrada na Declaração Universal de 1948, afirmando que a maioria dos países asiáticos expressaram reservas à validade universal dos direitos humanos “[...] *conforme estabelecidos na Declaração*, afirmando que eles representavam valores ocidentais, cuja imposição ao resto do mundo seria mais uma iniciativa imperialista”<sup>65</sup>.

A solução apontada por ele é no sentido de que, atendidos os direitos humanos na essência, a implementação pode ser realizada da maneira mais adequada a cada um<sup>66</sup>. Esta postura, no entanto, denota uma compreensão dos direitos humanos pouco flexível e muito eurocêntrica, presumindo-se que as necessidades humanas sejam as mesmas em todas as partes do mundo, independentemente de fatores culturais – desde que sempre ditadas pelo pensamento ocidental europeu.

Ademais, ao desconsiderar os contextos de relações e a divisão desigual do fazer humano com o conseqüente acesso desigual aos bens materiais e imateriais, o reconhecimento da

---

<sup>64</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...*, pág. 61.

<sup>65</sup> LINDGREN ALVES, J.A. “As Conferências Sociais da ONU e a Irracionalidade Contemporânea” ..., pág. 42.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pág. 43.

universalidade dos direitos humanos e de seu pertencimento inato à pessoa humana importa em caminho para sua inefetividade, eis que a preocupação acaba por centrar-se em assegurar a todos apenas os direitos – e não os bens<sup>67</sup>.

Portanto, a opção teórica pela rejeição do essencialismo e do jusnaturalismo implica em rejeição da universalidade enquanto instância vinculada à essência dos direitos humanos. Assim, a universalidade dos direitos humanos não reside em seu conteúdo nem diz respeito aos bens tutelados, eis que nada obstante a semelhança de necessidades humanas entre os diversos povos, não houve a construção de culturas idênticas no tocante ao rol de bens materiais e imateriais destinados à satisfação destas necessidades.

A universalidade, no pensamento de Gallardo<sup>68</sup>, não é dos direitos, mas da existência humana digna que possa ser reclamada em circuitos judiciais nacionais e internacionais. É neste ponto que vislumbra a promessa dos direitos humanos universais não mais como armadilha burguesa, pequeno-burguesa ou cristã: na luta contra toda discriminação, entendida como relação estruturalmente discriminatória, possível a partir da universalidade plural da experiência humana integral contida nos direitos humanos<sup>69</sup>.

Também Joaquin Herrera Flores<sup>70</sup> vislumbra a universalidade no processo de origem e não na efetivação dos direitos humanos:

Lo que hace universales a los derechos, no radica en la adaptación a una ideología determinada que los coloque como ideales más allá de los contextos sociales, económicos y culturales, sino el ser ese marco que permita a todos ir creando las condiciones que garanticen de un modo igualitario y generalizado su acceso a los bienes materiales e inmateriales que hacen que la vida sea digna de ser vivida<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...*, pág. 119.

<sup>68</sup> GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social...*, pág. 9.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pág. 13.

<sup>70</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los Derechos Humanos: una visión crítica*. In: <http://www.fiadh.org/inicio.htm>, acessado em 09 de janeiro de 2006, às 12h10min. pág. 14.

<sup>71</sup> Tradução livre: “O que faz universais aos direitos, não radica na adaptação a uma ideologia determinada que os coloque como ideais mais além dos contextos sociais, econômicos e culturais, mas o ser esse marco que permita a todos ir criando as condições que garantam de um modo igualitário e generalizado seu acesso aos bens materiais e imateriais que fazem que a vida seja digna de ser vivida”.

Para ele, a afirmação dos direitos humanos como pautas aplicáveis a toda a humanidade induz ao pensamento destas normas como algo que funciona por si, sem necessidade de que sejam levados em consideração os contextos concretos em que surgem e nos quais devem ser aplicadas<sup>72</sup>. Diante disso, pode-se concluir que a universalidade não é característica da essência nem da aplicação uniforme dos direitos humanos, mas de sua construção nos processos de luta pela emancipação e pela dignidade humanas.

Ademais, deve ser considerada a denúncia de Gallardo de que “[...] la universalidad que proclama es falsa: ella no incluye mujeres, niños, extranjeros y a quienes parecen no contribuir al mantenimiento de la cosa pública [...] o no propietarios<sup>73</sup>”.

Ou seja, a universalidade não é característica dos direitos humanos. Isto porque os direitos humanos são produtos de um processo cultural ocidental levado a termo num contexto específico de relações que se estabelecem no marco ditado pelo processo de acumulação de capital. No entanto e como tal, afiguram-se como categoria que pode ser dotada de grande potencial emancipatório, inclusive perante outros circuitos culturais, em especial em tempos de globalização neoliberal, quando os mesmos processos opressores são espalhados por todo o mundo.

Assim, embora não possa ser tomada como característica “inata” dos direitos humanos, a universalidade pode, e deve, ser perseguida e conquistada, ao final, sempre e desde que respeitadas as particularidades das lutas pela dignidade entabuladas por cada povo. Diante dos condicionamentos culturais que, muitas vezes, ensejam a adoção de práticas que afrontam à dignidade humana, entendemos que o respeito às particularidades deve ser analisado a partir da proposta de análise do processo cultural formulada por Herrera Flores e que será objeto de análise a seguir.

#### **1.2.4. O resgate dos direitos humanos.**

---

<sup>72</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...*, pág. 54.

<sup>73</sup> GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social...*, pág. 61

A reconstrução do conceito e da fundamentação dos direitos humanos, a partir da teoria crítica proposta por Herrera Flores, entre outros, demanda a contextualização do objeto de estudo. Para tanto, faz-se necessário, em primeiro lugar, a recuperação da dimensão política dos direitos humanos<sup>74</sup>.

Esta dimensão demanda a compreensão do político como “[...] la posibilidad de los antagonismos frente y dentro del orden de la ciudad”<sup>75</sup> e não a partir de uma perspectiva de consenso. Ou seja, a teoria crítica dos direitos humanos rechaça uma concepção restrita do político como busca de consensos à margem dos reais antagonismos, recusando o deslocamento do conflito e da oposição para uma esfera autônoma e separada do aspecto econômico.

Isto porque há duas possibilidades de compreensão do político como a busca de consenso. Numa primeira, verificamos uma posição ingênua que pretende ignorar a existência de interesses colidentes e pretende que encontrar no Direito um campo de pacificação e harmonização, de boa vontade entre os seres humanos. Numa segunda, encontramos uma posição cínica que, sob o argumento de suposto consenso – pretenso legitimador de interesses faccionais –, esconde a imposição da vontade de alguns sobre os demais.

No entanto, vivemos em um mundo conflitivo, em que os interesses estão, durante todo o tempo, em choque. A percepção deste processo é fundamental na compreensão dos direitos humanos. Atribuir à dimensão política seu devido lugar no processo de construção das garantias jurídicas da dignidade humana é fundamental.

Ademais, a recuperação da dimensão política dos direitos humanos permite outro posicionamento diante dos tratados internacionais que regulam a matéria. Tratando-se de instrumentos de garantia jurídica de direitos conquistados, passam a limitar e fazer imposições sobre os domínios da política interna, através de um projeto material vinculativo. Surge, no dizer de Piovesan<sup>76</sup>: “[...] verdadeira configuração normativa da atividade política. [...] os tratados

---

<sup>74</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. “Hacia una vision compleja de los derechos humanos”..., pág. 27.

<sup>75</sup> Idem. Tradução livre: “[...] a possibilidade dos antagonismos diante e dentro da ordem da cidade”.

<sup>76</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos...*, pág. 104.

internacionais [...] têm como tarefa juridificar o domínio político, impondo deveres aos Estados e enunciando direitos essenciais à proteção da dignidade humana”.

Em segundo lugar, faz-se necessário o comprometimento com uma filosofia jurídica impura, ou seja, que rompa com a tradicional busca ocidental de reflexão sobre o puro, o único, o incontaminado, para reconhecer que apenas “[...] lo impuro puede ser objeto de nuestro conocimiento”<sup>77</sup>.

A tentativa de compreender os direitos humanos a partir de um ideal de pureza importa em, novamente, remetê-los a um plano transcendental, etéreo, divino e inumano, ou seja, desvinculado de contexto. Estudá-los a partir da posição por eles ocupada e considerando os vínculos que se estabelecem em espaços concretos e determinados demanda o reconhecimento da impureza do objeto:

Una filosofía de lo impuro reivindicará siempre aquellos matices de la condición que son la acción, la pluralidad y el tiempo, bajo la forma de una aceptación explícita del espacio, del tiempo y la historia, de lo otro y de lo corporal como base de todo su afán de conocimiento<sup>78</sup>.

Em terceiro e último lugar, há necessidade de adoção de uma metodologia relacional que, superando a polêmica do absoluto-relativo, permita a compreensão do direito como parte de um processo mais geral, relacionando-o com o contexto social e econômico por ele assegurado e reconhecendo suas relações com os interesses hegemônicos vigentes em cada tempo e espaço<sup>79</sup>. Com isto, passa a ser possível a expressão e a interpretação a partir da discrepância, introduzindo-se um marco de referência: o contexto.

### **1.2.5. A Dignidade da Pessoa Humana**

---

<sup>77</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. “Hacia una vision compleja de los derechos humanos”..., pág. 31. Tradução livre: “[...] o impuro pode ser objeto de nosso conhecimento”.

<sup>78</sup> Idem. Tradução livre: “Uma filosofia do impuro reivindicará sempre aqueles matizes da condição que são a ação, a pluralidade e o tempo, sob a forma de uma aceitação explícita do espaço, do tempo e da história, do outro e do corporal como base de todo seu afã de conhecimento”.

<sup>79</sup> Ibidem, págs. 35 e 38.

O tema da dignidade humana é recorrente para os estudiosos de direitos humanos<sup>80</sup>. Não há dúvidas quanto à íntima relação entre eles. No entanto, quando tentamos definir do que tratamos ao falar de dignidade, tal como ocorre com os direitos humanos, deparamo-nos com imensa dificuldade.

É mais fácil, assim, dizer o que não é a dignidade do que explicar no que consiste<sup>81</sup>. Intuitivamente, sabemos o que não é digno. Identificamos, em nosso dia a dia, inúmeras situações de indignidade: um ser humano passando fome, uma criança morrendo de enfermidade que poderia ser evitada ou curada, presos torturados em Guantânamo... No entanto, não é possível definir a dignidade a partir daí, eis que a alimentação, a saúde e a integridade física não correspondem isoladamente a – embora sejam importantes para – uma existência digna.

Tradicionalmente, há a construção de um conceito transcendental de dignidade. Sarlet<sup>82</sup>, por exemplo, afirma que: “[...] não se deverá olvidar que a dignidade [...] independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana”. O primeiro problema deste tipo de abordagem reside em desconsiderar as condições concretas de vida dos seres humanos que passam a ser considerados dignos mesmo quando sobrevivam em condições nem um pouco dignas. O segundo, em buscar definir uma categoria por outra até que nenhuma delas faça sentido: os direitos fundamentais não pretendem assegurar a dignidade, mas as condições para a realização da prestação<sup>83</sup>, porém não há espaço para a dignidade onde os direitos fundamentais não forem minimamente assegurados.

Ademais, o conceito moderno e transcendental da dignidade, tal como o conceito moderno de direitos humanos, tem pretensões de universalidade que não se sustentam, máxime diante das especificidades culturais<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> No dizer de Piovesan: “O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988”. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos...*, pág. 44.

<sup>81</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 4ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pág. 40.

<sup>82</sup> Ibidem, págs. 43-44.

<sup>83</sup> Ibidem, pág. 48.

<sup>84</sup> Ver a problematização proposta por SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988...* págs. 55-56.

Não pretendemos, no presente estudo, realizar análise da evolução histórica do conceito de dignidade, nem aprofundar a questão a partir dos diversos autores que estudaram a matéria, dada a extensão que tal investigação importaria.

O que é, para nosso estudo, a dignidade humana, então?

Herrera Flores busca resposta a esta indagação, desenvolvendo o tema a partir das premissas da teoria crítica. Para melhor compreender sua proposta de conceituação e que acolhemos para adotar em nosso trabalho, é importante o resgate da questão das necessidades humanas, a partir dos estudos de Marx e Engels.

Se inicialmente o homem desenvolveu maneiras de produzir meios para satisfação de suas necessidades (beber, comer, vestir-se, entre outras), ou seja, para produzir sua vida material, a satisfação da primeira necessidade e o instrumento adquirido com esta satisfação levaram a outras necessidades, ou seja, produziram novas necessidades<sup>85</sup>. As necessidades iniciais podem não ser culturais, embora o seja a forma criada para satisfazê-las, bem como as necessidades criadas a partir daí.

Surge, então, o que os autores chamam de “[...] uma dependência material dos homens entre si, condicionada pelas necessidades e pelo modo de produção, e que é tão antiga quanto os próprios homens<sup>86</sup>”.

Por outro lado, quando o homem supera a consciência de natureza puramente animal<sup>87</sup>, aperfeiçoada pelo aumento da produtividade, das necessidades e do crescimento populacional, passa a ocorrer a divisão do trabalho – trabalho material e intelectual<sup>88</sup>. Esta divisão do trabalho faz com que a produção-trabalho e o gozo-consumo acabem destinados a indivíduos diferentes e acaba importando,

---

<sup>85</sup> MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002. tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa. págs. 21 e 22.

<sup>86</sup> Ibidem, pág. 24.

<sup>87</sup> A respeito, afirmam, “[...] a consciência é, antes de mais nada, apenas a consciência do meio sensível *mais próximo* e de uma interdependência limitada com outras pessoas e outras coisas situadas fora do indivíduo que toma consciência; é ao mesmo tempo a consciência da natureza que se ergue primeiro em face dos homens como uma força fundamentalmente estranha, onipotente e inatacável, em relação à qual os homens se comportam de um modo puramente animal e que se impõe a eles tanto quanto aos rebanhos; é, por conseguinte, uma consciência da natureza puramente animal (religião da natureza)”. Ibidem, pág. 25.

<sup>88</sup> Ibidem, pág. 26..



ao mesmo tempo, em repartição do trabalho e de seus produtos de maneira desigual, tanto na quantidade quanto na qualidade<sup>89</sup>.

Para Herrera Flores<sup>90</sup>, a dignidade seria resultado da convergência da atitude – enquanto aquisição de tendência a fazer algo, a tomar uma posição ou disposição em relação a algo ou alguém – com a aptidão – enquanto habilitação para fazer algo, o poder fazer o ato, o ter poder para fazê-lo. Desta forma, o universalismo da dignidade consistiria na criação de condições para que todos os seres humanos possam desenvolver atitudes e aptidões para empoderar-se, “[...] para alcanzar una posición que posibilite disposiciones favorables al despliegue del hacer y tener el suficiente poder para poner en práctica esa capacidad humana de hacer<sup>91e92</sup>”.

Ou seja, a dignidade está ligada à potencialidade que deve ter cada ser humano de agir em busca de acesso igualitário aos bens materiais e imateriais necessários à sua existência.

#### **1.2.6. Os direitos humanos como produtos culturais: a teoria crítica dos direitos humanos.**

Ao analisar as tradicionais teorias acerca dos direitos humanos, Herrera Flores<sup>93</sup> identifica um processo ideológico que teve origem na modernidade e que busca impor uma visão de mundo como se fosse a única natural, racional e universal, rechaçando, por conseqüência, todas as demais, ao argumento de que seriam irracionais, incertas e particulares, através do qual o liberalismo político e econômico impôs limites aos direitos humanos. Por esta razão, defende a necessidade de reformulação geral do refletir acerca desta categoria, a fim de construir uma racionalidade comprometida e atenta aos desejos e necessidades dos seres humanos corporais e não do capital, num *processo cultural*.

---

<sup>89</sup> Ibidem, pág. 27.

<sup>90</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...*, pág. 28.

<sup>91</sup> Ibidem, pág. 29.

<sup>92</sup> Tradução livre: “[...] para alcançar uma posição que possibilite disposições favoráveis ao desdobramento do fazer e ter o suficiente poder para colocar em prática essa capacidade humana de fazer”.

<sup>93</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los Derechos Humanos: una visión crítica...* págs. 3-5.

Herrera Flores resiste à pretensão da razão liberal de ser tomada como algo natural ou imodificável e pretende desnudar os mecanismos que reduzem, por força desta racionalidade, os direitos humanos a direitos de indivíduos atomizados e mercantilizados, bem como fazem com que muitas conquistas neste campo sejam objeto de um constante processo de inversão, pelo qual acabam por favorecer os já privilegiados em detrimento dos menos favorecidos<sup>94</sup>.

Para iniciar sua teoria crítica, formula vários comprometimentos, entre os quais, o de assumir a responsabilidade política e epistemológica da forma de conhecer e atuar sobre a realidade. Refuta, pois, uma teorização neutra, tal como a pretendida por Ferrajoli, para assumir no processo de investigação uma postura nitidamente política e engajada com uma proposta emancipatória.

Alinhando-nos com a teoria crítica desenvolvida por Herrera Flores, temos que os direitos humanos não são um fenômeno natural ou metafísico transcendente, mas um produto cultural – diante do qual é possível reagir política, social, jurídica e economicamente –, surgido como uma das formas de luta pela dignidade, na modernidade ocidental capitalista<sup>95</sup>. Eles refletem a proposta do Ocidente de encaminhamento das atitudes e aptidões necessárias à uma vida digna no marco do contexto de relações impostas pelo modo de relação baseado no capital<sup>96</sup>.

A origem ocidental e o eurocentrismo que, normalmente, acompanham o conceito de direitos humanos acaba por se revelar como empecilhos à sua efetivação. Ainda que sejam objeto de tratados internacionais, os direitos humanos sempre configurarão a resposta do Ocidente aos problemas oriundos do sistema capitalista de produção, estando contaminados de valores da cultura que refletem.

É certo que este entendimento pode importar em prejuízo do potencial emancipador e de uma práxis democrática. Isto porque o discurso quanto à prevalência dos valores de cada cultura afigura-se bastante arriscado no que diz respeito à proteção da dignidade humana. Amartya Sen<sup>97</sup> denuncia as práticas autoritárias em países asiáticos fundamentadas na necessidade de

---

<sup>94</sup> Ibidem, pág. 17.

<sup>95</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...*, págs. 19-21.

<sup>96</sup> Ibidem, pág. 29.

<sup>97</sup> SEN, Amartya. “Human Rights and Asian Values”. *The New Republic*. 14-21 de julho de 1997. in: <http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/sen.htm> acessado em 10 de dezembro de 2006, às 13h16min.

desenvolvimento econômico a qualquer preço e sustentadas em um suposto sistema de valores distinto do ocidental.

Não se pode olvidar, ainda, da impossibilidade de se acatar de maneira absoluta os sistemas de valores de cada cultura, dados os elementos ideológicos que os perspassam, muitas vezes em prejuízo da dignidade da pessoa humana. O fato ocorre, inclusive, na cultura ocidental. Vejamos, por exemplo, a situação proposta por Gallardo<sup>98</sup>, que denuncia a discriminação sofrida pelas mulheres pela igreja católica, em especial em seus ritos e ofícios religiosos. Segundo ele, poderia ser sustentado que, ao optarem por pertencer a esta instituição, as mulheres católicas estariam aceitando tal discriminação. Mas conclui que, em especial na América Latina, ser católica para uma mulher não significa uma opção clerical mas uma determinação cultural. Neste caso, a cultura impõe-se fatalmente como fonte de dominação e discriminação.

Estariam, assim, os direitos humanos destinados à inutilidade, em se tratando de países e culturas não ocidentais? Cremos que não. Temos convicção de que o papel emancipador dos direitos humanos não resta maculado pelo reconhecimento de sua ocidentalidade. Ao contrário, em tempos de globalização, em que a cultura capitalista ocidental espalha seus tentáculos pelo mundo, impondo modos de pensar e de agir, os direitos humanos revestem-se, cada vez mais, de capacidade de libertação dos seres humanos, reificados e subsumidos pelo capital internacional.

No entanto, a construção de uma verdadeira práxis emancipatória não pode deixar de considerá-los em seus contextos de surgimento e desenvolvimento, nem pode pretender desconsiderar as peculiaridades de cada povo a quem se pretende reconhecer ou se reconhece tais direitos. Não terão potencial emancipatório se configurados para funcionar como imposição de valores, sem respeito às soluções peculiares de cada povo ou grupo social, inclusive em razão das diferentes realidades em que se inserem estes povos ou grupos.

Afirma Gallardo<sup>99</sup>:

---

<sup>98</sup> GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social...*, pág. 108.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pág. 11.

También queda expuesto que no resulta posible ‘imponer’ o ‘exportar’ derechos humanos (en los que por lo demás las prácticas de poder occidentales capitalistas tampoco creen) a culturas no-occidentales o por medio de diálogos interculturales o reformas educativas. Derechos humanos solo alcanzan eficacia jurídica si se constituyen desde el interior conflictivo de una economía-cultura y las poblaciones involucradas pueden sentirlos propios<sup>100</sup>.

A possibilidade de aplicação dos direitos humanos a culturas distintas da ocidental pode encontrar critério de validade e legitimação na leitura do processo cultural realizada por Herrera Flores que identifica dois tipos de processos culturais: o cultural propriamente dito e o ideológico<sup>101</sup>.

Para ele, o processo cultural consiste na construção e reconstrução de metodologias de ação social que surgem como reação aos entornos de relação dos seres humanos consigo próprios, com os outros e com a natureza. Neste processo, são criadas redes de relações que nos determinam mas que podem ser por nós transformadas e mudadas. O caminho de ida e volta entre as reações culturais individuais e/ou coletivas e as redes de relações que as provocam são chamadas por Herrera Flores de “circuito de reação cultural”<sup>102</sup>.

Os produtos culturais vão se criando em resposta às exigências das formas de relação hegemônicas (em conformidade com a metodologia de ação social) mas, por estarem imersos neste circuito de reação cultural, podem assumir a função passiva de adaptar-se ao sistema de relações diante dos quais surgem mas também podem intervir sobre os entornos de relações e possibilitar a construção de uma nova metodologia de ação social.

Afirma Herrera Flores<sup>103</sup>:

Cuando el circuito está abierto, lo denominaremos como “procesos culturales propiamente dichos”; cuando está cerrado (y no se permite la acción social sobre la metodología hegemónica) lo denominaremos “procesos ideológicos”.

<sup>100</sup> Tradução livre: “Também fica exposto que não resulta possível “impor” ou “exportar” direitos humanos (nos quais, ademais, as práticas de poder ocidentais capitalistas tampouco crêem) a culturas não-ocidentais ou por meio de diálogos inter-culturais ou reformas educativas. Direitos humanos só alcançam eficácia jurídica se constituídos desde o interior conflictivo de uma economia-cultura e as populações involucradas podem senti-los delas”.

<sup>101</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...* pág. 100.

<sup>102</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *El Proceso Cultural: materiales para la creatividad humana*. Sevilla, Aconcagua Libros, 2005. págs. 111-115.

<sup>103</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...* pág. 100.

Desde que inseridos em processos culturais propriamente ditos, ou seja, em que haja possibilidade de criação de novas metodologias de ação social, comprometidas com o respeito à dignidade humana, os direitos humanos são instrumentos emancipatórios manejáveis não apenas na cultura ocidental.

Afinal, tratando-se de produto cultural – que estão atrelados aos contextos em que surgem e nos quais se desenvolvem –, podem funcionar como categorias legitimadoras ou antagonistas da idéia hegemônica de vida digna que prevalece em cada formação social<sup>104</sup>.

Trata-se, portanto, de tema que possui não apenas um caráter epistemológico, mas forte conteúdo ontológico, ético e político<sup>105</sup>. Por esta razão, afirma Herrera Flores<sup>106</sup>:

[...] los derechos [...] están necesitados de una reflexión que no se reduzca unicamente a cuestiones procedimentales, jurídicas y teóricas, sino que, asimismo, tenga en cuenta lo que realmente ocurre en los ámbitos públicos y privados donde se juegan los destinos de los seres humanos<sup>107</sup>.

No que pertine a eles, a negativa do âmbito do político, enquanto instância de criação contínua e permanente de cidadania, tem o condão de afastar os cidadãos do processo de decisão institucional e, com isso, presta-se apenas aos interesses econômicos e políticos do capital, hegemônicos em nossa nova ordem global<sup>108</sup>.

Isto porque considerar os direitos como algo prévio à construção política importa numa concepção restritiva da ação social e uma visão estreita dos próprios direitos, eis que estes não são categorias normativas num mundo ideal, mas são criados e recriados no processo de construção social da realidade<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> Ibidem, pág. 20.

<sup>105</sup> Ibidem, pág. 33.

<sup>106</sup> Ibidem, pág. 34.

<sup>107</sup> Tradução livre: “[...] os direitos [...] necessitam de uma reflexão que não se reduza unicamente a questões procedimentais, jurídicas e teóricas, mas que, do mesmo modo, tenha em conta o que realmente ocorre nos âmbitos públicos e privados onde se jogam os destinos dos seres humanos.”

<sup>108</sup> Daí a conclusão de Herrera Flores: “La recuperación de lo político (*polemos y polis*: es decir, la posibilidad de los antagonismos frente y dentro del orden de la ciudad), es una de last areas más importantes de una teoría crítica y compleja de los derechos humanos”. HERRERA FLORES, Joaquín. “Hacia una vision compleja de los derechos humanos”..., pág. 27.

<sup>109</sup> Idem.

No entanto, os direitos humanos são um produto cultural e, portanto, resultado sempre provisório dos processos de luta que os seres humanos empreendem para aceder aos bens necessários para a vida<sup>110</sup>, estando atrelados ao aspecto político das relações humanas. Também a dignidade humana, conforme já sublinhado, não é um conceito ideal ou abstrato, mas um fim material: “Um objetivo que se concreta en dicho acceso igualitario y generalizado a los bienes que hacen que la vida sea “digna” de ser vivida<sup>111</sup>”<sup>112</sup>.

Os seres humanos, durante sua existência, necessitam de conjuntos culturalmente determinados de bens materiais e imateriais para satisfação de suas necessidades. Estes bens são demandados independentemente da existência de direitos que os assegurem. A satisfação destas necessidades, assim, está submetida a sistemas de valores e processos que impõem um acesso aos bens restrito, desigual e hierarquizado, materializado ao longo da história nos marcos hegemônicos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano.

Estes processos de divisão do fazer humano criaram, historicamente, grupos de marginalizados e oprimidos que desenvolveram práticas e dinâmicas sociais de luta contra estes processos discriminatórios, buscando poder viver com dignidade, ou seja, gerar processos igualitários de acesso aos bens materiais e imateriais que conformam, culturalmente, o valor da “dignidade humana”. Os direitos humanos são o resultado destas lutas e demandam o estabelecimento de um sistema de garantias – econômicas, políticas, sociais e principalmente jurídicas – que determinem o cumprimento do conquistado e reconhecido, comprometendo instituições nacionais e internacionais<sup>113</sup>, não se deixando de ter em mente não se tratarem os direitos humanos de finalidade em si mesmos. Ou seja, os direitos humanos visam assegurar o acesso a bens e não constituem a si próprios como finalidade<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los Derechos Humanos: una visión crítica...*, págs 19 e ss.

<sup>111</sup> Tradução livre: “Um objetivo que se concretiza em referido acceso igualitário e generalizado aos bens que fazem que a vida seja “digna” de ser vivida.”

<sup>112</sup> Ibidem, pág. 26.

<sup>113</sup> Ibidem, págs. 27-28.

<sup>114</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...*, págs. 98-99.

Portanto, os direitos humanos não são simples normas internacionais fundamentadas no direito natural e com duvidosa aplicabilidade no atual contexto de economia globalizada, depredadora e genocida<sup>115</sup>. Ensina Herrera Flores<sup>116</sup>:

[...] los derechos humanos no son categorías previas ni a la acción política ni a las prácticas económicas. La lucha por la dignidad humana es la razón y la consecuencia de la lucha por la democracia y por la justicia. No estamos ante privilegios, meras declaraciones de buenas intenciones o postulados metafísicos de una naturaleza humana aislada de las situaciones vitales. Por el contrario, los derechos humanos constituyen la afirmación de la lucha del ser humano por ver cumplimentados sus deseos y necesidades en los contextos vitales en que está situado<sup>117</sup>.

É verdade que a modernidade ocidental capitalista muito prometeu em forma de utopias irrealizáveis, gerando grande descrença no mundo em que vivemos<sup>118</sup>, inclusive no campo de direitos humanos. No entanto, faz-se necessário abandonar o que Herrera Flores chama de dialética negativa de corte hegeliano, que defende que a negação recíproca entre tese e antítese levam à síntese. O professor espanhol busca em Marx a solução<sup>119</sup>: “[...] mostrar, [...] iluminar las relaciones entre los fenómenos, antes que meramente negarlas y no saber, de ese modo, donde y qué estamos pisando<sup>120</sup>”.

Portanto, ao invés de negar os pressupostos teóricos e práticos das formas tradicionais de abordagem de direitos humanos, mediante sua desqualificação como práticas sem sentido, faz-se necessária a construção de uma outra práxis, em especial diante da necessidade de garantir, de alguma forma, as conquistas que resultam das lutas pela dignidade humana<sup>121</sup>. Joaquín Herrera Flores propõe que sejam as práticas tradicionais reapropriadas crítica e contextualizadamente, de forma a suprir suas deficiências<sup>122</sup>, mediante distinta problematização da questão, num plano de imanência<sup>123</sup>. A partir daí,

<sup>115</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los Derechos Humanos: una visión crítica...*, pág. 17.

<sup>116</sup> *Ibidem*, pág. 14.

<sup>117</sup> Tradução livre: “[...] os direitos humanos não são categorias prévias nem à ação política nem às práticas econômicas. A luta pela dignidade humana é a razão e a consequência da luta pela democracia e pela justiça. Não estamos diante de privilégios, meras declarações de boas intenções ou postulados metafísicos de uma natureza humana isolada das situações vitais. Pelo contrário, os direitos humanos constituem a afirmação da luta do ser humano por ver cumpridos seus desejos e necessidades nos contextos vitais em que está situado.”

<sup>118</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...*, pág. 56.

<sup>119</sup> *Ibidem*, pág. 48.

<sup>120</sup> Tradução livre: “[...] mostrar, [...] iluminar as relações entre os fenômenos, antes que meramente negá-las e não saber, desse modo, onde e o quê estamos pisando.”

<sup>121</sup> *Ibidem*, págs. 47 e 48.

<sup>122</sup> *Ibidem*, pág. 49.

<sup>123</sup> Para Herrera Flores, o plano de imanência pressupõe a convivência de diferenças, distinções e disjunções radicalmente opostas à uniformidade e homogeneização do mundo. *Ibidem*, pág.46.

ainda que esteja marcado pelas relações sociais hegemônicas da globalização do capital, pode ser travada a luta contra-hegemônica, no campo dos direitos.



## CAPÍTULO 2

### *A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A EXIGIBILIDADE E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.*

#### **2.1. A questão da efetividade dos direitos humanos**

A efetividade dos direitos humanos – surgidos em um contexto específico de divisão social, sexual, étnica e territorial do trabalho humano que condiciona de forma desigual o acesso aos bens – depende de sua eficácia no combate à forma desigual de divisão e acesso aos bens materiais e imateriais necessários à vida digna<sup>124</sup>. Portanto, sua efetividade não é garantida por comportamentos privados, mas demanda a construção de políticas públicas de direitos humanos.

Isto porque devemos ter em mente que a efetividade ou eficácia social de uma norma diz respeito à sua real obediência e aplicação no plano dos fatos<sup>125</sup>. Assim, a efetividade não se confunde com a eficácia jurídica, já que esta diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, enquanto mera possibilidade de aplicação jurídica<sup>126</sup>.

Para Sarlet<sup>127</sup>: “[...] a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes”.

Portanto, a norma só será eficaz quando possível sua aplicação a casos concretos de forma a gerar efeitos jurídicos e na medida de sua aplicabilidade. Desta forma, a vigência, enquanto qualidade da norma que lhe assegura existência jurídica e a torna de observância obrigatória é requisito para a eficácia<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> Ibidem, pág.80.

<sup>125</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. pág. 245.

<sup>126</sup> Ibidem, pág. 246.

<sup>127</sup> Idem.

<sup>128</sup> Ibidem, págs. 244-247. O autor esclarece que a vigência não se confunde com a validade da norma (conformidade com os requisitos do ordenamento jurídico no que diz respeito à produção da norma), de forma que a eficácia relaciona-se com a vigência e não com a validade da norma, podendo haver norma inválida eficaz (norma inconstitucional antes de ser declarada como tal, por exemplo).

Quanto à efetividade, devemos considerar que suas condições não se exaurem nos limites da realidade formal da normatividade jurídica, mas aproximam-se das questões sociais, econômicas e políticas<sup>129</sup>.

Na esteira do pensamento de Soares<sup>130</sup>, pretendemos refletir sobre o motivo pelo qual os sujeitos de direito não vêm se conduzindo conforme as normas de direitos humanos e de direitos fundamentais, em especial no que pertine aos direitos econômicos, sociais e culturais.

## **2.2. Os entraves ideológicos à efetividade dos direitos humanos sociais.**

Por estarmos inseridos num contexto social, político, econômico e cultural no qual os direitos humanos são – ou deveriam ser – pensados e praticados, devemos considerar a influência da ideologia hegemônica sobre a práxis objeto de nosso estudo. Ainda que consideremos que o mundo não é feito das idéias, tal como pretendia Hegel, mas que as idéias surgem a partir do mundo real (Marx)<sup>131</sup>, não podemos olvidar da relação íntima estabelecida entre a prática e a teoria a partir do sistema de valor hegemônico em cada sociedade. Assim, não há dúvidas de que a forma como os direitos humanos são pensados acaba por refletir na forma como são (ou não são) levados à efetividade prática.

Ocorre que as teorias sustentadas pelos grupos que detêm o poder hegemônico acabam por ser mais aceitas que as teorias defendidas pelos grupos excluídos ou vitimizados. Este processo pode ocorrer em diferentes graus. É certo que os teóricos sustentam, na maior parte das vezes, a neutralidade de seu pensamento e seu compromisso com a produção de idéias “verdadeiras” que não estão, de maneira nenhuma, contaminadas pelo contexto da existência histórica e social de seu pensador. Mas, como nos ensina Marilena Chauí<sup>132</sup>:

---

<sup>129</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989. pág. 14.

<sup>130</sup> SOARES, Tiago de Castilho. *Individualismo e Direito: condições simbólicas de eficácia dos direitos humanos*. Florianópolis: IDA, 2004. pág. 8.

<sup>131</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à Filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002. págs. 71-124.

<sup>132</sup> CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. 29ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1989. págs. 10-11.

Um dos traços fundamentais da ideologia consiste, justamente, em tomar as idéias como independentes da realidade histórica e social, de modo a fazer com que tais idéias expliquem aquela realidade, quando na verdade é essa realidade que torna compreensíveis as idéias elaboradas.

A ideologia predominante quanto ao objeto de nosso estudo é a liberal burguesa, nascida na modernidade. Evidencia-se sua prevalência diante da hegemonia<sup>133</sup> burguesa conquistada a partir do sucesso da Revolução Francesa<sup>134</sup>. Daí o lugar de destaque aos direitos civis e políticos – direitos eminentemente individuais<sup>135</sup> – sobre os demais direitos humanos. Ainda que não estejam consolidados e efetivados em todo o globo, é inquestionável, do ponto de vista teórico, seu pertencimento a todos seres humanos, sua exigibilidade e seu enquadramento em todas as demais características atribuídas aos direitos humanos como tal. Tudo isto enquanto se debate até mesmo se os direitos sociais, por exemplo, são direitos humanos!

Carl Schmitt, por exemplo, foi um dos teóricos a negar tal qualidade aos direitos sociais. Para ele, nem todos os direitos fundamentais estão garantidos nas Constituições dos Estados. Assim, o fato de estar na Constituição não atribui a um direito a qualidade de fundamental nem sua ausência na Carta Política retira tal característica de um direito que o seja<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> “O termo *hegemonia* deriva do grego *eghestai*, que significa ‘conduzir’, ‘ser guia’, ‘ser líder’; ou também do verbo *eghemoneuo*, que significa ‘ser guia’, ‘preceder’, ‘conduzir’, e do qual deriva ‘estar à frente’, ‘comandar’, ‘ser o senhor’. Por *eghemonia*, o antigo grego entendia a direção suprema do exército. Trata-se, portanto, de um termo militar. Hegemônico era o chefe military, o guia e também o comandante do exército. Na época das guerras do Peloponeso, falou-se de cidade hegemônica para indicar a cidade que dirigia a aliança das cidades gregas na luta entre si”. GRUPPI, Luciano. *O Conceito de Hegemonia em Gramsci*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1978, pág. 1. Estamos trabalhando com o termo hegemonia a partir da compreensão gramsciana, ou seja, do ponto de vista do filósofo que mais insistiu sobre este conceito. Para ele, a hegemonia do proletariado importava em uma transformação, com a construção de uma nova sociedade com uma nova estrutura econômica e uma nova organização política, mas também uma nova orientação ideológica e cultural. Segundo Gruppi: “[...] o conceito de hegemonia é apresentado por Gramsci em toda sua amplitude, isto é, como algo que opera não apenas sobre a estrutura econômica e sobre a organização política da sociedade, mas também sobre o modo de pensar, sobre as orientações ideológicas e inclusive sobre o modo de conhecer”. Ibidem, págs. 2-3.

<sup>134</sup> Para Gramsci, a Revolução Francesa, tal como a reforma protestante – e ao contrário do *Risorgimento* italiano – envolveu estratos profundos da sociedade, inclusive as massas camponesas, operando não apenas na estrutura econômica, social e política, mas também na orientação cultural e ideológica da sociedade francesa. Ver Ibidem, pág. 3.

<sup>135</sup> Embora os direitos civis e políticos tenham forte impacto nas relações sociais, não há dúvidas de que são pensados pela ideologia dominante exclusivamente a partir do prisma individualista, sem consideração de seu efeito do ponto de vista coletivo.

<sup>136</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 2ª reimp. Madri: Alianza, 1996. pág. 169.

Para ele, os direitos fundamentais são os direitos do homem individual, livre e oponíveis ao Estado com anterioridade e superioridade<sup>137</sup>, concluindo<sup>138</sup>: “Derechos fundamentales en sentido propio son tan sólo los derechos liberales de la persona humana individual. [...] Derechos individuales en sentido propio son pues, sólo los derechos de libertad individual, pero no las exigencias sociales<sup>139</sup>”.

Não sendo considerados “esferas de liberdade”, os direitos sociais não são tidos como fundamentais. Schmitt enfatizou<sup>140</sup>:

Los derechos de coalición, de huelga o de *lock-out* no son derechos de libertad en el sentido del Estado liberal del Derecho. Cuando un grupo social logra que se le dejen, sea por prescripciones expresas de la ley constitucional, sea por tolerancia tácita de la práctica, tales posibilidades de lucha, ha desaparecido el supuesto fundamental del Estado liberal de Derecho, y entonces “Libertad” ya no significa la posibilidad de actuación, ilimitada en principio, del individuo, sino el libre aprovechamiento de la fuerza social mediante organizaciones sociales<sup>141</sup>.

Seguindo o pensamento do autor alemão, encontramos na doutrina nacional vários autores que também negam a qualidade de fundamentais aos direitos sociais. Torres, por exemplo, afirma<sup>142</sup>:

Vê-se, pois, que se a emergência dos direitos sociais modificou a equação liberdade/igualdade e deu novo colorido à temática da justiça social, nem por isso transferiu a lógica e as garantias dos direitos da liberdade para os sociais, nem metamorfoseou os direitos sociais em autênticos direitos fundamentais.

Esta discussão ocorre em razão de um processo ideológico. Afinal, os direitos econômicos, sociais e culturais, de sua parte, remetem a uma outra racionalidade, distinta da liberal

---

<sup>137</sup> Ibidem, pág. 170.

<sup>138</sup> Idem.

<sup>139</sup> Tradução livre: “Direitos fundamentais em sentido próprio são tão somente os direitos liberais da pessoa humana individual. Direitos individuais em sentido próprio são, pois, só os direitos de liberdade individual, mas não as exigências sociais”.

<sup>140</sup> Ibidem, pág. 171.

<sup>141</sup> Tradução livre: “Os direitos de coalizão, de greve ou de *lock-out* não são direitos de liberdade no sentido do Estado liberal do Direito. Quando um grupo social consegue que lhe deixem, seja por prescrições expresas da lei constitucional, seja por tolerância tácita da prática, tais possibilidades de luta, desapareceu a hipótese fundamental do Estado liberal de Direito, e então “Liberdade” já não significa a possibilidade de atuação, ilimitada em princípio, do indivíduo, mas o livre aproveitamento da força social mediante organizações sociais”.

<sup>142</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial e os direitos fundamentais”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, jul/set-1989. vol. 177. pág. 34.

burguesa, afeta a necessidades coletivas e, portanto, atenta às demandas de grupos vitimizados e excluídos que propugnam pelo respeito, no plano concreto, à sua dignidade<sup>143</sup>. Em se tratando de grupos que não ocupam a posição hegemônica em nossa sociedade, as teorias por eles formuladas não possuem a força da ideologia “oficial”<sup>144</sup>.

Podemos identificar, nas teorias tradicionais, alguns entraves ideológicos à efetividade dos direitos humanos. O primeiro deles é o que remete à dicotomia entre direitos humanos e fundamentais do ponto de vista ontológico e não apenas didático. O segundo, o que trata das “gerações” de direitos. E, por fim, a distinção entre direitos positivos e negativos e suas conseqüências em termos de exigibilidade. Passaremos, a seguir, a analisar cada um destes argumentos em separado.

### **2.2.1. A dicotomia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.**

É relevante quanto ao tema considerar que a crescente internacionalização dos direitos humanos positivados<sup>145</sup>, ao lado da internalização em nível constitucional de muitos deles, levou ao predomínio da opção teórica que afirma a dicotomia entre direitos humanos e direitos fundamentais. Assim, embora os termos estejam intimamente ligados, parte da doutrina preocupa-se em diferenciá-los e parte da doutrina busca identificá-los, atenta, principalmente, ao problema da efetividade destes

---

<sup>143</sup> No entanto, não podemos nos esquecer da dimensão individual que adquirem, muitas vezes, dos direitos econômicos, sociais e culturais. Veja-se, por exemplo, o caso do direito à saúde e à educação que afetam não apenas os grupos, mas também os indivíduos considerados isoladamente. No campo do direito do trabalho, esta questão é ainda mais visível.

<sup>144</sup> Neste caso, estes teóricos atuam como o que Gramsci, em GRAMSCI, Antonio. “Caderno 12”. *Cadernos do Cárcere* [volume II]. 3ª ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2000. pág. 21, denomina intelectuais orgânicos, ou seja, atuam como prepostos do grupo dominante para o exercício de funções subalternas da hegemonia social (sociedade civil) e do governo político. Diz o filósofo italiano: “Todo grupo social, nascendo no terreno originário de uma função essencial no mundo da produção econômica, cria para si, ao mesmo tempo, organicamente, uma ou mais camadas de intelectuais que lhe dão homogeneidade e consciência da própria função, não apenas no campo econômico, mas também no social e político” (ibidem, pág. 15). Ou seja, os intelectuais orgânicos são criados em razão das necessidades de um determinado grupo social, muitas vezes na forma de “especializações” de aspectos parciais da atividade primitiva deste grupo social que os cria (ibidem, pág. 16). Interpretando Gramsci, Bosi afirma que os intelectuais orgânicos são aqueles que desempenham o papel de fornecer cimento ideológico aos estratos dominantes (ibidem, pág. 12). A questão adquire relevância já que os intelectuais são vistos como organizadores da hegemonia e construtores de ideologias, efetivando o vínculo orgânico entre o modo de produção e as superestruturas de forma a unificar todas as classes sociais em torno da classe dirigente e suas aspirações.

<sup>145</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos...*, pág. 2.

direitos em decorrência da teorização realizada. Para os autores que se alinham com a primeira corrente, a fundamentação dos direitos fundamentais não se confunde com a dos direitos humanos.

Para Comparato<sup>146</sup>, os direitos humanos são inerentes à pessoa humana e seu conceito forma-se na igualdade essencial entre todas as pessoas. Em resultando de sua própria natureza, não são criações políticas. Por outro lado<sup>147</sup>, os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades que possuem poder político para editar normas nacionais (Constituições e leis) e internacionais (tratados internacionais). Enquanto os direitos fundamentais existem em decorrência da positivação, o fundamento dos direitos humanos, para além da ordem estatal, seria a

[...] consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais.

Ferrajoli<sup>148</sup> trabalha com a categoria de direitos fundamentais, construindo um conceito teórico. Para ele, são direitos fundamentais os direitos subjetivos, ou seja, a expectativa de um sujeito em decorrência de norma jurídica, seja positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões), que correspondem a todos os seres humanos enquanto pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de trabalhar<sup>149</sup>. O que caracteriza, pois, estes direitos fundamentais é sua universalidade a todos a quem corresponde determinado *status*, independentemente dos bens, valores ou necessidades tutelados por eles. Com isto, Ferrajoli pretende a construção de um conceito de Teoria Geral do Direito que seja, do ponto de vista ideológico, neutro<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. pág. 19.

<sup>147</sup> *Ibidem*, pág. 56.

<sup>148</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

<sup>149</sup> *Ibidem*, pág. 37. Com isso, Ferrajoli vincula a questão dos direitos fundamentais a categorias jurídicas, quais sejam, personalidade, cidadania e capacidade de agir. Neste passo, nada obstante a construção de uma teoria geral, a questão dos direitos fundamentais toma feição diversa em conformidade com o ordenamento jurídico em que se insere, em conformidade com a forma como é, em cada ordenamento, disciplinada a aquisição de personalidade, de cidadania e de capacidade do ser humano.

<sup>150</sup> *Ibidem*, pág. 38.

Em sua construção teórica, faz a distinção entre: a) direitos humanos, que correspondem a todos os seres humanos, indistintamente; b) direitos públicos, que correspondem apenas aos cidadãos (entre eles, Ferrajoli identifica o direito ao trabalho); c) direitos civis, que correspondem a todas as pessoas com capacidade de trabalhar e d) direitos políticos, que correspondem apenas aos cidadãos com capacidade de trabalhar<sup>151</sup>. Todos estes são, para Ferrajoli, direitos fundamentais diante da característica de universalidade em relação à classe de sujeitos a que se referem<sup>152</sup>.

Para Pérez Luño<sup>153</sup>, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados nas constituições estatais, ou seja, são direitos humanos plasmados normativamente no direito positivo. Como tal, os direitos humanos são aqueles encontrados no plano das declarações e convenções internacionais.

Canotilho<sup>154</sup> vislumbra os direitos fundamentais como estruturantes do Estado de direito no plano interno e os direitos humanos ou direitos do homem como núcleo básico de direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas. Para ele<sup>155</sup>, “Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes *pactos internacionais* [...], nas grandes *declarações internacionais* e noutras grandes *convenções* de direito internacional”.

Segundo o mestre português<sup>156</sup>, os direitos do homem são válidos para todos os povos em todos os tempos – adotando uma dimensão jusnaturalista-universalista –, enquanto que os direitos fundamentais são os direitos garantidos jurídico-institucionalmente com limitação espacial e temporal, objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta.

O diferencial na doutrina de Canotilho é a interpretação do artigo 16º da Constituição portuguesa, que trata de direitos fundamentais formalmente constitucionais e de direitos materialmente fundamentais. Os primeiros seriam os direitos consagrados, reconhecidos, enunciados e protegidos por normas constitucionais e, os demais, direitos fundamentais constantes de leis e regras

---

<sup>151</sup> Ibidem, pág. 40.

<sup>152</sup> Idem.

<sup>153</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, pág. 33.

<sup>154</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, s.d. pág. 232.

<sup>155</sup> Ibidem, pág. 233.

<sup>156</sup> Ibidem, pág. 387.

de direito internacional. A presença no texto constitucional deixa de ser condição para reconhecimento do direito como fundamental. Esta classificação, no entanto, cria o problema de distinguir dentre os direitos da legislação infraconstitucional os que devem ser assim considerados<sup>157</sup>, embora seja compatível com a teoria de Ferrajoli e possa ser resolvida a questão a partir do critério da universalidade em relação à pessoa, ao cidadão ou à pessoa com capacidade de trabalhar.

Sarlet<sup>158</sup>, em seu alentado estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais, também vislumbra a necessidade de clarificação da distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. Adota a distinção tradicional<sup>159</sup>, mas de maneira mais elaborada, segundo a qual os direitos do homem correspondem aos direitos naturais; os direitos humanos são os direitos do ser humano positivados em esfera internacional<sup>160</sup> e os direitos fundamentais, os direitos do ser humano reconhecidos ou outorgados, protegidos e positivados na esfera do direito constitucional de cada Estado.

Aqui já se inicia um afastamento, embora ainda pequeno, da fundamentação dos direitos humanos em relação ao jusnaturalismo. Para Sarlet, os direitos humanos já não são mais os direitos naturais do homem, mas os direitos do ser humano positivados na ordem internacional. É pequeno o afastamento diante da fundamentação precipuamente jusnaturalista do próprio direito internacional. Porém, a identificação dos direitos humanos com direitos reconhecidos e positivados na ordem supranacional já afasta a categoria da questão exclusivamente moral, tal como posta por Comparato, por exemplo.

A distinção tradicional entre direitos humanos e direitos fundamentais, portanto, máxime porque fundada em preceitos de índole jusnaturalista, acaba adquirindo uma funcionalidade negativa no tocante à efetivação destes direitos no plano concreto. Isto porque, de um lado, os direitos humanos permanecem como categoria quase etérea, um tanto poética, relegada ao plano do direito internacional e, portanto, sem a coercibilidade necessária à sua efetivação, dependendo da boa

---

<sup>157</sup> Ibidem, pág. 397.

<sup>158</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, pág. 35.

<sup>159</sup> Ibidem, págs. 35 e 36.

<sup>160</sup> Refere-se “[...] àquelas posições jurídicas que reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).” Ibidem, pág. 36.



vontade das relações internacionais. Por outro lado, os direitos fundamentais acabam relegados ao plano da política nacional, desvinculados da realidade global e das relações que os Estados estabelecem entre si no plano internacional e, vistos como algo distinto dos direitos humanos, sem as características de exigibilidade e indisponibilidade, nada obstante, no plano do direito nacional, seja inquestionável a coercibilidade.

Assim, cremos que é possível e saudável a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, desde que acompanhada do reconhecimento da íntima relação entre as categorias. Para nós, são direitos fundamentais os direitos humanos reconhecidos nos ordenamentos jurídicos estatais e, como tal, eles mantêm as características originárias, acrescentando garantias de efetivação inerentes a seu novo *status*: o constitucional<sup>161</sup>.

A partir desta compreensão, não há hierarquia entre direitos humanos e direitos fundamentais, mas uma diferenciação quanto ao tipo de garantia que eles representam: num dos casos, precipuamente da ordem e relações internacionais e, no outro, do próprio Estado.

Apenas recentemente o Brasil admitiu claramente esta relação entre direitos humanos e direitos fundamentais. Piovesan<sup>162</sup> já sustentava, antes da Emenda Constitucional 45 de 08 de dezembro de 2004, a atribuição de hierarquia constitucional aos direitos enunciados em tratados internacionais que estariam incluídos no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos e, portanto, com aplicabilidade imediata, por força do disposto nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 5º da Constituição da República. No entanto, a redação do parágrafo terceiro do mesmo dispositivo constitucional, inserido na Carta Magna por força da emenda em epígrafe, não deixa dúvidas de que o constituinte derivado exige o mesmo quorum qualificado exigido para as emendas

---

<sup>161</sup> A lição de Piovesan vem a fortalecer nosso entendimento: “É necessário que o aprimoramento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, mediante sua justicialização, requer dos Estados que crime mecanismos internos capazes de implementarem as decisões internacionais no âmbito interno. De nada adiantará a justicialização do Direito Internacional, sem que o Estado implemente, devidamente, as decisões internacionais no âmbito interno, sob pena, inclusive, de afronta ao princípio da boa-fé”. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. .pág. 15.

<sup>162</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*..., pág. 4 e, antes disso, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002. pág. 75 e ss.

constitucionais (artigo 60, parágrafo segundo, Constituição Federal de 1988) na aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos para que possam ser assim interpretados<sup>163</sup>.

Se, por um lado, a nova exigência constitucional dificulta que sejam garantidos constitucionalmente direitos humanos consagrados em tratados firmados pelo país, não há dúvidas de que resgata a natureza política dos direitos humanos e sua indissociabilidade em relação aos direitos fundamentais. Este reconhecimento é capaz de outorgar maior efetividade aos direitos, em especial porque se deve passar a reconhecer, em relação aos direitos fundamentais, as características dos direitos humanos, entre as quais, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade.

### **2.2.2. A teoria de gerações: os direitos sociais são direitos humanos?**

O segundo obstáculo ideológico à efetividade dos direitos humanos e que afeta, diretamente aos direitos econômicos, sociais e culturais (e, por conseqüência, aos direitos civis e políticos eis que, diante da indivisibilidade dos direitos, não é possível a integral efetivação de uma categoria sem a integral efetivação da outra) é a divisão dos direitos humanos em “gerações”.

Bonavides<sup>164</sup> apresenta-nos a teoria, indicando os direitos de primeira a quarta geração, a saber: 1) primeira geração: direitos da liberdade, ou seja, direitos civis e políticos: tem por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado; 2) segunda geração: direitos da igualdade, ou seja, direitos econômicos, sociais e culturais, bem como direitos coletivos ou de coletividades: exigem do Estado prestações materiais que podem ser limitadas por exigüidade, carência ou limitação de meios e recursos; 3) terceira geração: direitos da fraternidade, ou seja, direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação: não se

<sup>163</sup> Assim determina o parágrafo 3º do artigo 5º do texto constitucional com redação dada pela EC 45/2004: “§ 3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” em <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>, acessado em 03 de janeiro de 2007, às 21h05min. Os tratados internacionais, em nosso ordenamento jurídico, são celebrados pelo Presidente da República (artigo 84, inciso VIII, da CF/88) e referendados pelo Congresso Nacional (artigo 49, inciso I, CF/88). Portanto, o referendo é válido, à ausência de requisito distinto, se aprovado por maioria simples. No caso dos tratados que versem sobre direitos humanos, o constituinte derivado entendeu por bem exigir a atenção ao quorum especial de aprovação de Emenda Constitucional para que seja atribuído peso constitucional aos direitos ali assegurados.

<sup>164</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. págs.560-572.

destinam a um indivíduo ou grupo, mas ao gênero humano como um todo; 4) quarta geração: direitos da cidadania e da globalização política, ou seja, direito à democracia, à informação e ao pluralismo: correspondem à derradeira institucionalização do Estado social.

A idéia geracional dos direitos humanos acaba por importar em uma noção de progresso e evolução, como se a conquista de uma das “gerações” fosse o caminho certo para a conquista da “geração” seguinte<sup>165</sup> e <sup>166</sup>. Com ela, acaba-se por esquecer que a efetivação universal de direitos civis e políticos não pode acontecer de forma plena sem a dos direitos econômicos, sociais e culturais. E vice-versa<sup>167</sup>. Não há uma categoria cuja efetividade deva ser conquistada antes como condição para a efetividade da outra. Aliás, a idéia hegemônica que embasa os direitos civis e políticos perde força quando estes são efetivados apenas em conjunto com os direitos econômicos, sociais e culturais.

No entanto, como ensina Gallardo<sup>168</sup>:

[...] las ‘generaciones’ de derechos no constituyen un continuo ni este continuo, si existiera, es portador de un ‘progreso’. Lo que se llama ‘generaciones de derechos humanos’ remiten a *racionalidades encontradas* que pueden resultar mutuamente excluyentes y que suponen rupturas. Entre el abstracto derecho a la vida y el derecho a un salario que cubra las necesidades familiares y existenciales de los trabajadores existe no solo una diferencia de contenido, sino específicamente un distinto criterio (racionalidad o discernimiento) sobre la existencia social y una diversa apreciación sobre la legitimidad de las luchas que sostienen estos criterios. Esquemáticamente, el primer criterio observa *individuos* que entran en relaciones y se apoya en esta observación para proponer derechos humanos básicos. El segundo discernimiento repara en *relaciones* que constituyen individuaciones (y sectores) para exigir un trato no discriminatório. La primera lucha, liberal-burguesa, forma complejamente parte del sentido común moderno. La segunda se mueve a contrapelo de este sentido material y resulta indispensable por ello que no sea acometida inercialmente (desde el iusnaturalismo, por ejemplo) sino como expresión de una voluntad cultural y política de aquellos sectores que necesitan transformar las relaciones sociales que constituyen y reproducen su vulnerabilidad sociohistórica<sup>169</sup>.

<sup>165</sup> Afirma Gallardo: “Derechos humanos está ligado a pugnas y fracturas sociohistóricas, no a un continuo ‘cultural’ o algún tipo constante de acumulación”. In: GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social...*, pág 45. Tradução livre: “Direitos humanos estão ligados a lutas e fraturas sócio-históricas, não a um contínuo ‘cultural’ ou algum tipo constante de acumulação”.

<sup>166</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, pág. 563 é incisivo ao afirmar que: “Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida *um processo cumulativo e qualitativo* [...]”. Grifo nosso.

<sup>167</sup> Segundo Piovesan: “[...] uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. [...] afasta-se a idéia da sucessão ‘geracional’ de direitos [...] acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. [...] sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação”. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos...* pág. 36-37.

<sup>168</sup> GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social...*, págs. 9-10.

<sup>169</sup> Tradução livre: “[...] as ‘gerações’ de direitos não constituem um contínuo nem este contínuo, se existisse, é portador de um ‘progreso’. O que se chama “gerações de direitos humanos’ remete a *racionalidades encontradas* que podem

Aqui surge de maneira mais evidente o conflito entre a racionalidade hegemônica e a racionalidade de resistência, abrindo espaço para a separação de direitos que, na verdade, são indissociáveis. O grande desafio é, a partir desta indivisibilidade, a construção de políticas públicas que sejam capazes de lidar com o conflito entre as diversas racionalidades<sup>170</sup>. Afinal, características individuais – como a propriedade – determinaram, a partir da “primeira geração de direitos humanos”, relações de inclusão e exclusão enquanto que, para a “segunda geração de direitos humanos”, as relações sociais devem adaptar-se às necessidades humanas dos indivíduos que passam a ter diferenças produzidas pelas próprias relações ditadas pelos “primeiros” direitos<sup>171</sup>. Afinal, muitas das desigualdades cuja correção é visada pelos direitos de “segunda geração” são geradas exatamente pela observância dos direitos de “primeira geração”, em especial o direito à propriedade.

Ademais, tradicionalmente, a “primeira geração de direitos humanos” funda-se numa espécie de caráter sagrado de uma determinada economia política e do que Gallardo chama de determinados impérios de gênero e geracionais. Pois, para ele, a petição de direitos econômicos, sociais e culturais é levantada contra esta lógica naturalizada como sacra, em especial pelas lutas travadas pelos trabalhadores a partir do século XIX<sup>172</sup>.

Não podemos, portanto, deixar de considerar que a teoria de gerações não é neutra, nem inocente, nem possui efeitos apenas retóricos ou pedagógicos<sup>173</sup>. Ela está ligada a uma idéia de

---

resultar mutuamente excludentes e que supõem rupturas. Entre o abstrato direito à vida e o direito a um salário que cubra as necessidades familiares e existenciais dos trabalhadores existe não apenas uma diferença de conteúdo, mas especificamente um distinto critério (racionalidade ou discernimento) sobre a existência social e uma diversa apreciação sobre a legitimidade das lutas que sustentam estes critérios. Esquemáticamente, o primeiro critério observa *individuos* que entram em relações e se apóia nesta observação para propor direitos humanos básicos. O segundo discernimento repara em *relações* que constituem individualizações (e setores) para exigir um tratamento não discriminatório. A primeira luta, liberal-burguesa, forma complexamente parte do sentido comum moderno. A segunda move-se na contramão deste sentido material e resulta indispensável, por isso, que não seja acometida inercialmente (desde o jusnaturalismo, por exemplo) mas como expressão de uma vontade cultural e política daqueles setores que necessitam transformar as relações sociais que constituem e reproduzem sua vulnerabilidade sócio-histórica”.

<sup>170</sup> Para Gallardo, esta tarefa pode ser impossível no modo de produção capitalista: “[...] el enfrentamiento entre las racionalidades que sostienen diversas demandas de derechos no ha podido ser satisfecha por la organización capitalista del mundo (tal vez no pueda serlo) [...]” GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social...*, pág. 104. Tradução livre: “[...] o enfrentamento entre as racionalidades que sustentam diversas demandas de direitos não pôde ser satisfeito pela organização capitalista do mundo (talvez não possa sê-lo)”.

<sup>171</sup> Ibidem, pág. 63.

<sup>172</sup> Ibidem, pág. 62.

<sup>173</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los Derechos Humanos como Productos Culturales...*, pág. 35.

condição humana universal que desconsidera que os direitos humanos surgem e se desenvolvem em contextos específicos do modo de relações dominado pelo capital e tem diferentes posições quanto à forma como logram impor-se a ele.

Os direitos sociais, enquanto garantias jurídicas resultantes de processos de luta pela dignidade humana são direitos humanos e, como tal, revestidos de todas as características que são a eles atribuídas. Ainda que sua concretização seja obstaculizada por valores hegemônicos e seus processos de divisão do trabalho, devem ser assim considerados.

Esta obstaculização ocorre em função dos processos ideológicos que impedem a construção de conteúdos de ação social alternativos aos dominantes com a conseqüente alteração da metodologia da ação social hegemônica<sup>174</sup>. Quando estes obstáculos não são superados, os direitos sociais adquirem um viés regulador e deixam de ter função emancipatória.

Um dos processos ideológicos é o que desemboca na teoria geracional que, portanto, deve ser descartada. A idéia de compartimentalização dos direitos humanos deve ser rechaçada a fim de que não seja obstada a efetividade dos direitos sociais. Afirma Piovesan<sup>175</sup>:

Sob a ótica da normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. [...] São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.

### **2.2.3. Direitos negativos e positivos. A exigibilidade dos direitos sociais**

Como constatam Abramovich e Courtis<sup>176</sup>, não é raro que seja negado valor jurídico aos direitos sociais, que restam caracterizados como meras declarações de boas intenções, de

<sup>174</sup> Ibidem, pág. 123.

<sup>175</sup> PIOVESAN, Flávia. “Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. págs. 240-241.

<sup>176</sup> ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2002. pág. 19.

compromisso político ou de engano tranquilizador<sup>177</sup>. As normas legais que prevêm estes direitos são tidas como de natureza política e programática e não como catálogos de obrigações jurídicas para o Estado, ao contrário do que ocorre com os direitos civis e políticos, considerados como únicos passíveis de serem exigidos judicialmente.

Para José Afonso da Silva<sup>178</sup>, embora não haja norma constitucional destituída de eficácia, de forma que todas irradiam efeitos, inovando a ordem jurídica com sua entrada em vigor, a eficácia não se manifesta de maneira uniforme, podendo não ser constatada na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, em especial quando ausente normatividade infraconstitucional prevista ou requerida.

Assim, ele classifica as normas constitucionais, segundo sua eficácia, em três grupos: I – normas constitucionais de eficácia plena, que são as normas constitucionais que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais, porque criada pelo legislador normatividade suficiente; II – normas constitucionais de eficácia contida, que também incidem imediatamente, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites e circunstâncias; e III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que não produzem com a entrada em vigor pura e simples seus efeitos porque o legislador não estabeleceu normatividade bastante para isso, ficando a tarefa para o legislador ordinário<sup>179</sup>.

Estas últimas dividem-se entre normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e as declaratórias de princípios programáticos<sup>180</sup>, sendo estas últimas<sup>181</sup>:

[...] aquelas *normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.*

<sup>177</sup> Também Pérez Luño registra a negação de caráter jurídico aos direitos sociais ao fundamento de que os direitos civis e políticos dirigem-se a assegurar a atuação livre dos indivíduos, enquanto que os direitos sociais pretendem a intervenção do Estado para satisfação de exigências. Ver PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, pág. 87.

<sup>178</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. págs. 81-82.

<sup>179</sup> *Ibidem*, págs. 82-83.

<sup>180</sup> *Ibidem*, págs. 86.

<sup>181</sup> *Ibidem*, págs. 138.

Esta compreensão aliada ao entendimento de que os direitos sociais – aqui compreendidos os direitos econômicos, sociais e culturais – são normas programáticas, acabou por fornecer o aporte teórico necessário a realização de práticas inibidoras da efetividade dos direitos humanos e fundamentais econômicos, sociais e culturais.

Carlos Miguel Herrera ressalta que<sup>182</sup>:

[...] si se encuentran enunciados normativos sobre los “derechos sociales” en la mayor parte de las constituciones occidentales redactadas en los últimos treinta años, la doctrina dominante en la mayoría de los países europeos se muestra siempre dispuesta a sostener que ellos no serían auténticos derechos, exigibles en el sentido técnico-jurídico del término, sino más bien “objetivos”, “fins”, “principios”, no justiciables ante (y por) los tribunales<sup>183</sup>.

Dois são os principais argumentos para este tratamento diferenciado entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais: a natureza de prestação positiva dos chamados direitos sociais e a insuficiência do regramento constitucional quanto a eles.

Em primeiro lugar, portanto, está a compreensão de que os direitos civis e políticos geram exclusivamente obrigações negativas ou de abstenção enquanto que os direitos econômicos, sociais e culturais importam em obrigações positivas ou de prestação, comprometedoras do erário e, portanto, dependentes da disponibilidade de recursos para tanto<sup>184</sup>. O Estado não poderia ser obrigado por uma autoridade judicial a fazer algo, embora possa ser compelido a deixar de fazer<sup>185</sup>.

Este argumento é, no entanto, falacioso. Como ressaltam Abramovich e Courtis<sup>186</sup>, é possível reconhecer que a faceta mais visível dos direitos econômicos, sociais e culturais diga respeito a obrigações de fazer. No entanto, não é difícil verificar também a existência de obrigações de não-

<sup>182</sup> HERRERA, Carlos Miguel. “Estado, constitución y derechos sociales”. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n.15, 2003. pág. 75.

<sup>183</sup> Tradução livre: “[...] se se encontram enunciados normativos sobre os “direitos sociais” na maior parte das constituições ocidentais redigidas nos últimos trinta anos, a doutrina dominante na maioria dos países europeus mostra-se sempre disposta a sustentar que eles não seriam autênticos direitos, exigíveis no sentido técnico-jurídico do termo, mas, ao contrário, “objetivos”, “fins”, “principios”, não justiciáveis perante (e pelos) tribunais.”

<sup>184</sup> ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, págs. 21 e 32.

<sup>185</sup> HERRERA, Carlos Miguel. “Estado, constitución y derechos sociales”..., pág. 75.

<sup>186</sup> ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, pág. 25.

fazer. Por outro lado, a efetividade dos direitos civis e políticos importa, muitas vezes, em obrigações de fazer e onera ao erário<sup>187</sup>. Portanto, só podemos concluir que tanto os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais constituem complexos de obrigações positivas e negativas<sup>188</sup>.

Todos os direitos, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais, ao demandar atuação estatal mediante adoção de políticas públicas ou de medidas jurisdicionais, importam em custos.

A respeito da questão, observaram Holmes e Sunstein<sup>189</sup>:

Americans simply assume that our public officials – national, state, and local – will routinely lay hold of public resources and expend them to salvage, or boost the value of, private rights. Despite the undesirably high incidence of crime in United States, for instance, a majority of citizens feel relatively secure most of the time, in good measure due to the efforts of the police, publicly salaried protectors of one of our most basic liberties: personal or physical security. [...] Without effective government, American citizens would not be able to enjoy their private property in the way they do. Indeed, they would enjoy few or none of their constitutionally guaranteed individual rights. Personal liberty, as Americans value and experience it, presupposes social cooperation managed by government officials. [...]<sup>190</sup>

A atuação governamental é fundamental na garantia da efetivação dos direitos, sejam quais forem, de forma que todos têm custos. Concluem<sup>191</sup>:

<sup>187</sup> Interessantes os exemplos mencionados em PIOVESAN, Flávia, GOTTI, Alessandra Passos e MARTINS, Janaína Senne. “A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. págs. 105-106: “Cabe ainda realçar que tanto os direitos sociais, econômicos e culturais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou, do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo”.

<sup>188</sup> ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles...* pág. 32.

<sup>189</sup> HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton & Cia, 1999. págs. 14-15.

<sup>190</sup> Tradução livre: “Americanos simplesmente supõe que nossos oficiais públicos – nacional, estadual e local – colocarão rotineiramente os recursos públicos e os gastarão para salvar ou impulsionar o valor de, direitos privados. Apesar da indesejada incidência elevada de crimes nos Estados Unidos, por exemplo, a maioria dos cidadãos sente-se seguro a maior parte do tempo, em boa medida em razão dos esforços da polícia, protetores remunerados publicamente de uma de nossas mais básicas liberdades: segurança pessoal ou física. [...] Sem efetivo governo, os cidadãos americanos não seriam capazes de desfrutar sua propriedade privada da forma como o fazem. De fato, eles desfrutariam pouco ou nada de seus direitos individuais garantidos constitucionalmente. A liberdade pessoal, como valorada e experimentada pelos americanos, pressupõe cooperação social administrada pelos oficiais do governo. [...]”

<sup>191</sup> *Ibidem*, pág. 15.



To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. This is just as true of old rights of new rights [...] Both the right to welfare and the right to private property have public costs. The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury.<sup>192</sup>

O segundo argumento<sup>193</sup> a respaldar a negação de efetividade e exigibilidade aos direitos sociais repousa na alegação de que apenas os direitos civis e políticos encontram-se positivados integralmente nas Constituições, enquanto que os direitos econômicos, sociais e culturais demandariam regulação por legislação infraconstitucional para poderem ser diretamente exigíveis, passando a contar com plena garantia<sup>194</sup>.

Também esta afirmação não resiste a uma análise mais minuciosa. Muitas são as experiências constitucionais em que os direitos sociais não dependem de atuação legislativa para efetividade e, por outro lado, uns tantos direitos de liberdade demandam a intervenção do legislador<sup>195</sup>.

Qual a razão destes argumentos? Ora, os direitos humanos, enquanto produtos culturais, vão sendo criados em determinados entornos de relações, respondendo às exigências da forma de relação hegemônica, a metodologia de ação social. Ocorre que os direitos humanos estão imersos naquilo que Herrera Flores<sup>196</sup> chama de “circuito de reação cultural”. Quando os circuitos estão abertos, os produtos culturais não assumem mera função passiva de adaptação aos sistemas de relações, mas podem intervir sobre eles, construindo novas metodologias de ação social, ou seja, novas relações hegemônicas, em processos culturais propriamente ditos. Quando estão fechados, e

<sup>192</sup> Tradução livre: “À verdade óbvia de que os direitos dependem do governo, deve ser adicionado um corolário lógico, rico de implicações: direitos custam dinheiro. Direitos não podem ser protegidos ou reforçados sem financiamento e suporte públicos. Isto é tão verdadeiro quanto a direitos velhos como a direitos novos [...] Tanto o direito ao bem estar e o direito à propriedade privada tem custos públicos. O direito à liberdade contratual tem custos públicos não menores que o direito à saúde, o direito à liberdade de expressão não menos que o direito à moradia decente. Todos direitos fazem reivindicações sobre o tesouro público.”

<sup>193</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, pág. 94.

<sup>194</sup> Ver o posicionamento de Carl Schmitt neste sentido, no estudo de BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004. pág. 32.

<sup>195</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, Pág. 94.

<sup>196</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...*, pág. 99.

não é permitida a ação social sobre a metodologia hegemônica, são chamados de processos ideológicos.

Segundo Piovesan<sup>197</sup>, esta alegada não acionabilidade de direitos sociais é ideológica, carecendo de amparo científico, eis que se encontram – tal como os direitos civis e políticos – assegurados em tratados internacionais, caracterizando-se como verdadeiros direitos fundamentais e devendo ser implementados à luz do princípio da indivisibilidade dos direitos, conforme reafirmado pela ONU na “Declaração de Viena” de 1993<sup>198</sup>.

No entanto, a própria autora reconhece que, por força do regramento destes documentos internacionais, os direitos civis e políticos têm a chamada auto-aplicabilidade enquanto que os direitos econômicos, sociais e culturais apresentam a chamada “realização progressiva”, ou seja, condicionam-se à atuação do Estado que deve adotar todas as medidas, **até o máximo de seus recursos disponíveis**, seja por esforço próprio, seja mediante cooperação e assistência internacionais, para alcançar progressivamente a efetivação destes direitos<sup>199</sup>.

Ademais, foram firmados em 1966<sup>200</sup> em documentos apartados o Pacto dos Direitos Civis e o Pacto dos Direitos Sociais, sendo que este último, nada obstante a previsão de relatórios a serem encaminhados pelos Estados-partes, não prevê mecanismo de comunicação interestatal nem permite a sistemática das petições individuais<sup>201</sup>, o que demonstra preocupação nitidamente distinta em relação à efetivação dos direitos humanos destas categorias. No entanto, a distinta maneira de

<sup>197</sup> PIOVESAN, Flávia, GOTTI, Alessandra Passos e MARTINS, Janaína Senne. “A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”..., pág. 94.

<sup>198</sup> Ibidem, pág. 96.

<sup>199</sup> Ibidem, págs. 99-100.

<sup>200</sup> “Em 16 de dezembro de 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou dois pactos internacionais de direitos humanos, que desenvolveram pormenorizadamente o conteúdo da Declaração Universal de 1948: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ao primeiro deles, foi anexado um Protocolo Facultativo, atribuindo ao Comitê de Direitos Humanos, instituído por aquele Pacto, competência para receber e processar denúncias de violação de direitos humanos, formuladas por indivíduos contra qualquer dos Estados-Partes.” In: COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos...*, pág.277.

<sup>201</sup> Tal como ocorre por força de Protocolo Facultativo com o Pacto dos Direitos Civis e Políticos de 1966. PIOVESAN, Flávia, GOTTI, Alessandra Passos e MARTINS, Janaína Senne. “A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”..., págs. 100-101.

disciplinar cada “categoria” de direitos humanos tem natureza política e não decorre de qualquer característica intrínseca destes direitos<sup>202</sup>.

Nas sábias palavras de Gallardo<sup>203</sup>:

Esto indica que la ‘cultura de derechos humanos’ oficial contiene su indiferencia hacia ellos o, peor, su manipulación: se utiliza la bandera de los derechos humanos para violarlos o se posterga su cumplimiento para algún futuro cuando las circunstancias hayan cambiado y se hace todo lo que se puede para que estas circunstancias no cambien.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 inovou, alargando a dimensão de direitos e garantias ao integrar, pela primeira vez, na declaração de direitos fundamentais, os direitos sociais<sup>204</sup>, de onde se pode concluir que o constituinte adotou o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos e direitos fundamentais, reconhecendo a impossibilidade de dissociar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade<sup>205</sup>. Ainda assim, a doutrina se debate acerca da aplicabilidade do artigo 5º, parágrafo 1º acerca da aplicabilidade imediata destas normas.

Como se justifica este tratamento diferenciado aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos, sociais e culturais em termos de eficácia e efetividade?

Fariñas Dulce<sup>206</sup> afirma que o estudioso dos direitos humanos deve ter em mente seu conceito de caráter histórico, ou seja

Los derechos humanos deben ser comprendidos, en definitiva, como respuestas históricas a problemas de convivencia, a concretos conflictos y luchas sociales o a diferentes carencias o necesidades humanas, las cuales aparecen también como históricas,

<sup>202</sup> Na verdade, melhor seria compreender os direitos positivos e negativos conforme lição de GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social...*, pág. 19: para ele, “[...] derechos negativos, entendidos como aquellos fueros de libertad individual en los cuales el Estado *no debe intervenir*, excepto para potenciarlos y protegerlos, y derechos positivos, o de empoderamiento individual y social, respecto de los cuales el Estado, u outro dispositivo, *debe actuar* para asegurar su cumplimiento”. Tradução livre: “[...] direitos negativos, entendidos como aqueles foros de liberdade individual nos quais o Estado *não deve intervir*, exceto para potenciá-los e protegê-los, e direitos positivos, ou de empoderamento individual e social, acerca dos quais o Estado, ou outro dispositivo, *deve atuar* para assegurar seu cumprimento”.

<sup>203</sup> *Ibidem*, pág. 21.

<sup>204</sup> As Constituições anteriores tratavam de normas relativas a estes direitos de forma dispersa no âmbito da ordem econômica e social. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional...*, pág. 57.

<sup>205</sup> *Idem*.

<sup>206</sup> FARIÑAS DULCE, María José. *Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud postmoderna”*. Madri: Dykinson, 1997. págs. 5-6.

relativas, instrumentales, socialmente condicionadas y, a veces incluso, “falsamente” inducidas por el poder<sup>207</sup>.

Os direitos são sempre originados de processos e lutas sociais. Como tal, parece-nos que o distinto grau de efetividade afeto aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos, sociais e culturais decorre exatamente de elementos atrelados à historicidade destes direitos e às relações de força ou políticas que dizem respeito aos conflitos sociais que levaram ao seu reconhecimento.

O ordenamento jurídico garante o conjunto de valores hegemônicos a partir dos quais se afirma como deve ser a sociedade e como os indivíduos e os grupos podem obter os bens necessários a uma vida digna. Estes valores estão marcados pelos processos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano e, por sua vez, atribuem a estes processos a qualidade de justos<sup>208</sup>.

As Constituições políticas liberais foram reflexo da ascensão hegemônica de uma determinada parcela da sociedade civil sobre a estrutura de dominação absolutista do Estado, estando relacionadas a horizonte de interações entre Estado e segmentos societários distinto daquele relacionado às Constituições sociais que evidenciam a dinâmica de crescimento e dirigismo estatal<sup>209</sup>.

A expressão “direitos fundamentais” foi utilizada, pela primeira vez, na França, no século XVIII, mas foi no Direito constitucional alemão que alcançou importante lugar na relação entre o indivíduo e o Estado. Inicialmente, era utilizada para abarcar os direitos atinentes à liberdade, segurança e propriedade, considerados emergentes dos conflitos decorrentes dos excessos do regime absolutista. Buscava-se, especialmente, a não atuação estatal. Em fins do século XVIII e início do século XIX, as novas relações de trabalho propiciaram o surgimento de movimentos sociais que postulavam uma atuação positiva do Estado a fim de assegurar o equilíbrio social e econômico<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> Tradução livre: “Os direitos humanos devem ser compreendidos, em definitivo, como respostas históricas a problemas de convivência, a concretos conflitos e lutas sociais ou a diferentes carências ou necessidades humanas, as quais aparecem também como históricas, relativas, instrumentais, socialmente condicionadas e, às vezes inclusive, “falsamente” induzidas pelo poder.”

<sup>208</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...*, pág. 95.

<sup>209</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil...*, pág. 17.

<sup>210</sup> GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana, no Contexto da Globalização Econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: Ltr, 2005. pág. 41.

Mas foi a partir da Primeira Guerra Mundial que as Constituições passam a ser elaboradas com a inclusão dos direitos sociais ou direitos de prestação, ligados ao princípio da igualdade material, ao lado dos tradicionais direitos individuais<sup>211</sup>. Com isto, os direitos econômicos, sociais e culturais adquiriram *status* constitucional no século XX, a princípio no México (1917), Rússia (1918) e Alemanha (1919)<sup>212</sup>.

No dizer de Gomes<sup>213</sup>: “[...] o direito à abstenção estatal converte-se em direito à atuação estatal voltada a prestações de índole social, quando se proclama a igualdade como direito basilar”.

A construção teórica que embasou este pensamento levou ao que Herrera Flores<sup>214</sup> chama de mal estar da dualidade: os direitos humanos – e também os direitos fundamentais, portanto – prestam-se ao atendimento de exigências de proteção cidadã contra a hegemonia do Estado, mas também às demandas políticas de intervenção do Estado, com intuito de impedir o domínio irrestrito do mercado nas relações sociais. Pretende-se, ao mesmo tempo, uma esfera de autonomia livre de interferências estatais e uma atuação estatal de interferência na vida social. Esta pretensão demanda uma batalha pelo equilíbrio da atuação estatal e demanda um paradigma de atuação incompatível com a racionalidade moderna.

A fundamentação liberal, elaborada por inúmeros autores e, entre eles, Bobbio e Habermas, recusa os fundamentos morais dos direitos humanos – sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais – e aceita apenas os direitos positivados a partir de uma essência natural e imodificável, instituindo uma ideologia dualista que divide os direitos humanos “indivisíveis” e justifica a negação da impossibilidade de garantia jurídica e institucional dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar...*, pág. 25.

<sup>212</sup> GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana...*, págs. 41-42.

<sup>213</sup> *Ibidem*, pág. 42.

<sup>214</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. “Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales”. SANCHÉZ RUBIO, David, HERRERA FLORES, Joaquín e CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. pág. 69.

<sup>215</sup> *Ibidem*, pág. 71.

Como afirmam Abramovich e Courtis<sup>216</sup>, estas distinções “[...] están basadas sobre una visión [...] que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa<sup>217</sup>”.

Pérez Luño<sup>218</sup> afirma que os direitos sociais não possuem significado unívoco, mas correspondem a categorias muito heterogêneas que têm em comum a pretensão de “[...] las exigencias que se desprenden del principio de la igualdad<sup>219</sup>”. Como tal, têm por principal função assegurar aos membros da comunidade a participação nos recursos sociais<sup>220</sup>. A partir desta compreensão dos direitos sociais, o mestre espanhol formula o conceito de direitos sociais<sup>221</sup>:

[...] en sentido objetivo [...] el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales. [...] en sentido subjetivo [...] las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos<sup>222</sup>.

Ao pretender influir fortemente nas relações sociais e econômicas, inclusive com intuito de reestruturá-las, os direitos sociais adquirem nuance diversa dos direitos civis e políticos, nada obstante estes também tenham nascido com esta vocação. Afinal, o reconhecimento dos direitos civis e políticos foi responsável pela quebra dos privilégios do Antigo Regime. No entanto, à época, a burguesia e o povo (embora excluído posteriormente do processo decisório) detinham a hegemonia política e, por consequência, suas teorias gozavam de amplo reconhecimento. Ainda assim, não se logrou, no globo terrestre, efetividade integral sequer destes direitos não questionados do ponto de vista teórico.

<sup>216</sup> ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, pág. 23.

<sup>217</sup> Tradução livre: “[...] estão baseadas sobre uma visão [...] que coincide com a posição decimonônica do Estado mínimo, garante exclusivamente da justiça, da segurança e da defesa.”

<sup>218</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, pág. 85.

<sup>219</sup> Tradução livre: “[...] as exigências que se desprendem do princípio da igualdade”.

<sup>220</sup> *Ibidem*, pág. 86.

<sup>221</sup> *Idem*.

<sup>222</sup> Tradução livre: “[...] em sentido objetivo [...] o conjunto das normas através das quais o Estado leva a cabo sua função equilibradora e moderadora das desigualdades sociais. [...] em sentido subjetivo [...] as facultades dos indivíduos e dos grupos a participar dos benefícios da vida social, o que se traduz em determinados direitos e prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos.”

No caso dos direitos econômicos, sociais e culturais, o reconhecimento não se deu num quadro de hegemonia dos grupos por eles beneficiados. Ao contrário, o processo de luta pelo reconhecimento de direitos que permitam a dignidade da vida humana para quatro quintos da humanidade permanece em andamento. Como tal, faltando a estes grupos a hegemonia política, também permanecem enfraquecidas as teorias justificadoras da legitimidade e efetividade dos direitos por eles reclamados.

Afirma Herrera Flores<sup>223</sup>:

[...] cuando percibimos que un conjunto de derechos – en este caso, los derechos individuales – ostentan prioridad sobre otros – los derechos sociales – comenzamos a sospechar que lo que subyace a esa prioridad es el reforzamiento de aquella funcionalidad de los derechos con respecto a los intereses hegemónicos, pues lo que se acaba haciendo es separar – idealizándolos – a los derechos prioritarios del circuito de reacción cultural, legitimando un poco más la metodología de la acción social dominante<sup>224</sup>.

A relação entre a ação social dominante e a legitimação teórica dos direitos é muito evidente no caso brasileiro. O grande desenvolvimento do direito do trabalho brasileiro no período Vargas reflete exatamente esta questão. No período de 1930 a 1945, houve o desenvolvimento de uma cultura política de vinculação entre a cidadania e os direitos sociais<sup>225</sup>, com a conseqüente mitigação dos direitos políticos, dado tratar-se de período de governo autoritário. No período, houve articulação de políticas públicas diferenciadas que permitiram o desenvolvimento e consolidação da legislação trabalhista. No entanto, embora tenha havido participação dos trabalhadores<sup>226</sup>, havia a conotação de dádiva e não de conquista destes direitos, tudo em conformidade com os interesses do governo federal: “O presidente se “antecipava” às demandas dos trabalhadores e oferecia a legislação social

---

<sup>223</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...*, pág. 100.

<sup>224</sup> Tradução livre: “[...] quando percebemos que um conjunto de direitos – neste caso, os direitos individuais – ostentam prioridade sobre outros – os direitos sociais – começamos a suspeitar que o que subjaz a essa prioridade é o reforçamento daquela funcionalidade dos direitos com relação aos interesses hegemônicos, pois o que se acaba fazendo é separar – idealizando-os – aos direitos prioritários do circuito de reação cultural, legitimando um pouco mais a metodologia de ação social dominante.”

<sup>225</sup> GOMES, Ângela de Castro. *Cidadania e direitos do trabalho*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. pág. 33.

<sup>226</sup> *Ibidem*, pág. 35.

como um “presente” do Estado, que “devia” ser aceito pela população<sup>227</sup>”. Neste período, prevaleciam as teorias que reforçavam o papel dos direitos sociais, em especial do direito do trabalho.

Em nossos dias, com a hegemonia de grupos ligados à ideologia neoliberal, retornamos às teorias que negam efetividade aos direitos sociais e sustentam a aplicabilidade imediata tão somente de direitos civis e políticos, como se aqueles não fossem, de fato, direitos humanos e fundamentais.

#### **2.2.4. Os direitos sociais na Constituição Federal e os limites materiais à reforma constitucional: cláusulas pétreas?**

Os direitos fundamentais, por determinação do artigo 60, parágrafo 4o, inciso IV, da nossa Carta Magna, foram erigidos à condição de cláusula pétrea, constituindo limites materiais à reforma da Constituição<sup>228</sup>.

Estes limites materiais são estabelecidos em razão da característica peculiar do Poder Constituinte Reformador: enquanto o Poder Constituinte Originário é incondicionado, autônomo e ilimitado, o Reformador é limitado e sujeito às restrições previstas pelo constituinte originário<sup>229</sup>. Em outras palavras<sup>230</sup>: “[...] o poder reformador é [...] um *poder demiúrgico*, que – por não ser um poder criador – não pode alterar toda a Constituição, razão pela qual a existência de limites materiais se revela como ínsita do próprio sistema constitucional”.

---

<sup>227</sup> Ibidem, pág. 44.

<sup>228</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “A Problemática dos Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pág. 334.

<sup>229</sup> Ibidem, pág. 344.

<sup>230</sup> Ibidem, págs. 344-345.



Os limites materiais objetivam a garantia de alguns conteúdos da Constituição tidos como essenciais, na visão do constituinte. Com isso, são preservadas as decisões fundamentais e evitada reforma que possa levar à destruição da ordem constitucional<sup>231</sup>.

Há limites materiais expressos e limites materiais implícitos<sup>232</sup>:

[...] a existência de limites materiais expressamente previstos na Constituição (habitualmente denominados “cláusulas pétreas”, “garantias de eternidade” ou “cláusulas de intangibilidade”) não exclui [...] outras limitações desta natureza, que, por não consagradas no texto constitucional, costumam ser qualificadas como limites materiais implícitos (imanescentes ou não-escritos).

A doutrina majoritária os reconhece, embora não seja unânime quanto a quais sejam. Assim que as limitações implícitas devem ser deduzidas da própria Constituição, considerando-se os conteúdos cuja reforma poderia importar na ruptura da ordem institucional.

O fato do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição da República estabelecer como cláusulas pétreas “os direitos e garantias individuais” tem gerado a negativa ou reserva de alguns doutrinadores em atribuir esta mesma qualidade aos direitos fundamentais sociais.

A discussão se desenrola e “[...] gira em torno até mesmo da possibilidade de se estender aos direitos sociais a proteção contra a ação do poder de reforma constitucional, seja na condição de limites expressos (por serem também direitos individuais), seja como limites implícitos<sup>233</sup>”.

Para Bonavides, a rigidez formal de proteção ali estabelecida não abrange apenas o teor material dos direitos ditos de primeira geração mas se estende aos direitos sociais<sup>234</sup>, eis que, para ele, os direitos sociais

[...] não formam [...] uma terceira e distinta categoria de garantias constitucionais que se devesse acrescentar àquelas duas acima enunciadas pela reflexão jurídica dos autores clássicos que formavam a falange do pensamento constitucional na idade do liberalismo. Mas se incorporam por inteiro à primeira acepção e conceitualmente lhe dilatam o sentido<sup>235</sup>.

<sup>231</sup> Ibidem, pág. 347.

<sup>232</sup> Ibidem, págs. 352-353.

<sup>233</sup> Ibidem, pág. 367.

<sup>234</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, págs. 640-641.

<sup>235</sup> Ibidem, pág. 641.

Há necessidade de superação de uma interpretação estritamente literal, cujas implicações absurdas são bem demonstradas por Sarlet<sup>236</sup>, a fim de se construir uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de Direito legitimada pela aplicação dos princípios constitucionais e que, portanto, não pode excluir da expressão constante do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, os direitos sociais<sup>237</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já admitiu exegese ampliativa dos limites materiais para fins de reforma no julgamento da ADIn nº 939-7. Ademais, devemos considerar que os direitos sociais são de titularidade individual, ainda que em alguns momentos adquiram expressão coletiva<sup>238</sup>.

Portanto, os direitos sociais configuram-se cláusulas pétreas, seja por força de adequada interpretação do disposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição da República, seja por se tratar de limite material implícito.

---

<sup>236</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “A Problemática dos Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição”..., págs. 367-368.

<sup>237</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, págs. 644-645.

<sup>238</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “A Problemática dos Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição”..., pág. 373.

### CAPÍTULO 3

#### *A (IN)VALIDADE DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE DIREITOS HUMANOS SOCIAIS EM INSTRUMENTOS NORMATIVOS LABORAIS*

##### **3.1. Os direitos sociais e o direito do trabalho**

A disciplina teórica dos direitos sociais causa impactos diretos na efetividade do direito do trabalho. A exigibilidade e aplicabilidade imediatas dos direitos dos trabalhadores, previstos na Constituição Federal, por exemplo, acabam prejudicadas, embora tratem de disciplinar a relação entre empregados e empregadores, não causando qualquer ônus ao erário<sup>239</sup>, nem estejam carentes de regulamentação infra constitucional (principais argumentos, conforme já analisado, para a negativa de exigibilidade dos direitos sociais).

Ademais, a suposta dicotomia entre direitos humanos e direitos fundamentais e a discussão acerca da natureza dos direitos sociais acaba por comprometer a observância das características de inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade dos direitos humanos, bem como a desconsideração da natureza constitucional dos direitos dos trabalhadores brasileiros.

Há, também, influência dos resquícios de direito privado na disciplina do direito do trabalho, eis que os contratos eram, inicialmente, regidos pelo Código Civil de 1916 e a constitucionalização destes direitos, ocorrida a partir de meados dos anos 30 do século passado<sup>240</sup>, não foi, ainda, adequadamente compreendida e acatada. Prevalece, ainda, uma racionalidade privatista naqueles que manejam o Direito. Ademais, o momento em que vivemos, com predomínio da ideologia neoliberal favorece o processo de passagem do direito social ao direito civil<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> Ao contrário, geram arrecadação, através dos tributos incidentes sobre a folha de pagamento.

<sup>240</sup> BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. “Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico”. SANCHEZ RÚBIO, David, HERRERA FLORES, Joaquín e CARVALHO, Salo de. *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. pág. 511.

<sup>241</sup> Ver: FREITAS JR, Antônio Rodrigues. *Direito do Trabalho na Era do Desemprego: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação*. São Paulo, Ltr, 1999. pág. 35.

### 3.2. O princípio da norma mais favorável

A doutrina nacional e internacional ocidental é unânime<sup>242</sup> em sustentar que, no caso de conflito entre normas, deve ser aplicado o princípio da norma mais favorável. Por força deste princípio, em alguns casos deixa de ser relevante a hierarquia estabelecida tradicionalmente<sup>243</sup> e passa a ter validade a norma mais benéfica ao trabalhador, qualquer que seja sua natureza (constitucional ou infraconstitucional, nacional ou internacional, legal, convencional ou regulamentar, etc.), prevalecendo sobre aquela que, na pirâmide de hierarquia tradicional, seria aplicada.

Mas isto ocorre apenas quando a norma infraconstitucional assegura condições mais benéficas ao trabalhador, ou seja, amplia a proteção constitucional para outros patamares. Da mesma forma, norma convencional com conteúdo diverso do previsto em constituição ou lei infraconstitucional só tem validade e aplicabilidade quando assegura condição mais vantajosa. Não se trata de desconsiderar a constituição, mas de assegurar a aplicação da previsão normativa com maior benefício.

Para dar um exemplo. A Constituição Federal assegura jornada máxima diária de 8 horas e, semanal, de 44 horas, em seu artigo 7º, inciso VIII. O artigo 224, da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que a jornada de trabalho dos bancários é de seis horas contínuas nos dias úteis, exceto sábados, perfazendo um total de 30 horas semanais. Em sendo norma mais benéfica, que assegura melhor condições de trabalho aos bancários, é aplicada, exceto se houver acordo ou convenção coletiva de trabalho que garanta jornada diária ou semanal ainda menor.

---

<sup>242</sup> Ver, entre outros: BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005. pág. 122; DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2004. págs. 84-86; DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 2004. págs. 199-201; MARANHÃO, Délio. “Fontes do Direito do Trabalho”. SÜSSEKIND, Arnaldo et alli. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18ª ed. atual. Vol. 1. São Paulo: Ltr, 1999. págs 175-176 e NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27ª ed. São Paulo: Ltr, 2001. págs. 104-105. Na doutrina internacional, podem ser citados RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. atual. São Paulo: Ltr, 2000. págs. 123 e ss.(Uruguai); PÉLISSIER, Jean, SUPIOT, Alain e JEAMMAUD, Antoine. *Droit du Travail*. 22ª ed, Paris: Dalloz, 2004. págs. 133-135 (França) e MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 24ªed. Madri: Tecnos, 2003. págs. 222-225 (Espanha).

<sup>243</sup> Pela pirâmide de Kelsen.

O patamar assegurado constitucionalmente não pode ser desrespeitado, mas as condições aplicadas são sempre as da norma mais benéfica. Esta concepção é harmônica com a idéia de que nem todos os direitos humanos e fundamentais encontram-se assegurados nas Constituições dos Estados e que muitas vezes podem vir garantidos por normas outras, ainda que mantenham suas características de direitos humanos e fundamentais. Isto porque não há negativa de vigência ou efetividade à norma constitucional, ao contrário, há ampliação da proteção por ela oferecida que é vista como patamar mínimo de direitos e não como teto máximo a ser alcançado.

No entanto, o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição da República vem sendo interpretado como uma previsão constitucional de possibilidade de flexibilização das condições de trabalho, seja especificamente sobre o salário ou jornada, nos incisos já mencionados, seja ao reconhecer validade aos instrumentos normativos, acabou por levar a doutrina nacional à compreensão de que existem situações em que referido princípio não é aplicado, ou seja, situações em que a norma constante do instrumento normativo é válida, nada obstante importar em condição menos benéfica ao trabalhador. Assim, verifica-se uma situação de efetivo conflito entre normas: instrumentos normativos que renunciavam a direitos e a Constituição Federal e/ou leis infraconstitucionais.

Ocorre que os direitos sociais relacionados ao direito ao trabalho têm natureza de direitos humanos e, quando reconhecidos constitucionalmente, de direitos fundamentais, em especial em nossa Constituição Federal que os insere no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Ademais, no que é pertinente a eles, além de tudo, deve ser considerada a “cláusula da proibição do retrocesso social”. No dizer de Piovesan<sup>244</sup>: “[...] a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia desses direitos”.

Considerando a necessidade do Estado brasileiro regular os direitos relacionados ao direito ao trabalho de forma a não redundar em situação de retrocesso ou redução de garantia das conquistas dos trabalhadores, urge analisar os critérios de validade adotados nas situações em que é

---

<sup>244</sup> PIOVESAN, Flávia, GOTTI, Alessandra Passos e MARTINS, Janáina Senne. “A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”..., pág.103.

mitigado o princípio da norma mais benéfica, ou seja, se é possível validar a cláusula de negociação coletiva que importe em condição menos favorável aos trabalhadores.

### 3.3. A (in)validade de cláusulas normativas de renúncia de direitos

Süssekind<sup>245</sup> entende que é válida a modificação *in pejus* das condições de trabalho nas hipóteses previstas no artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição da República, não se confundindo com a hipótese de renúncia ou transação de direitos individuais que gera nulidade do ajuste. No entanto, não analisa a situação de negociação coletiva em que há reforma de condição mais benéfica, senão afirma que serão aplicáveis os artigos 9º e 444 da CLT, ou seja, que serão nulos os atos que tiverem por fim obstar a aplicação de direito cogente, salvo nos casos expressamente previstos pela própria lei trabalhista<sup>246</sup>. Também é esta a posição de Alice Monteiro de Barros<sup>247</sup>.

Nascimento, porém, não faz a ressalva quanto às hipóteses constitucionais e reconhece a possibilidade de que a negociação coletiva cumpra o papel flexibilizador redutor de vantagens, sem qualquer ressalva<sup>248</sup>.

Diante deste quadro de ausência de convergência quanto aos critérios de validade da norma coletiva que institui condições de trabalho menos favoráveis que as previstas na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional, insta analisar alguns posicionamentos jurisprudenciais quanto à matéria.

No tocante à jornada de trabalho e seu elastecimento, por exemplo, há decisão da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho<sup>249</sup> disciplinando o tratamento dos chamados minutos residuais, ou seja, diante da impossibilidade fática de início da jornada pontualmente em todos os dias, sem qualquer variação, seja em razão do número de empregados a registrar o ponto ao mesmo

<sup>245</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. “Indisponibilidade e Flexibilização de Direitos Trabalhistas”. SÜSSEKIND, Arnaldo et alli. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18ª ed. atual. Vol. 1. São Paulo: Ltr, 1999. pág. 217.

<sup>246</sup> Ibidem, pág. 218.

<sup>247</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho...*, pág. 124.

<sup>248</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho...*, pág. 105.

<sup>249</sup> Acórdão TST-RR 2086/2004-771-04-00.0, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Bressiani, DJ 23.06.2006.

tempo, seja em razão de quaisquer outros motivos para isso. É normal, portanto, que o empregado não inicie ou encerre a jornada pontualmente.

A partir daí, surge a questão do tratamento a ser dispensado quando esta “impontualidade” acaba por gerar excesso de jornada. O caso submetido à análise da Terceira Turma dizia respeito à validade de norma coletiva que estabelecia tolerância de minutos residuais em montante superior a cinco por marcação e dez por jornada, ou seja, os minutos de excesso de jornada até o limite estabelecido na negociação coletiva não seriam remunerados, nem de forma simples, nem acrescida pelo adicional que a Constituição da República fixa para jornada extraordinária.

A decisão foi no sentido de que as cláusulas coletivas que estabeleciam a tolerância de minutos residuais em montante superior a cinco por marcação e dez por jornada eram válidas até a edição da lei nº 10.243, de 19 de junho de 2001, que fixou este limite legal. São argumentos relevantes a embasá-la<sup>250</sup>:

[...] adota-se o critério descrito nas convenções coletivas até a vigência da Lei nº 10.243, de 19.06.01, a partir da qual passa-se a aplicar o parágrafo 1º ao art. 58 da Consolidação das Leis do Trabalho, não sendo tolerados minutos para além de dez por dia. [...] Tal entendimento tem amparo no artigo 7º, XVI, da Constituição Federal, no princípio da autonomia da vontade coletiva, e no fato de que apenas em 20.06.01 foi publicado o § 1º do artigo 58 da CLT que disciplina quanto à contagem das horas extras, critério legal esse que deve prevalecer. [...] Desde 1996, vinha a jurisprudência se inclinando pela possibilidade da desconsideração de cinco minutos, antes ou depois da jornada, para fins de apuração de horas extras. A compreensão encontrava eco na OJ 23 da SBDI-1 desta Corte. Mesmo em tal período, a jurisprudência ainda admitia a definição de minutos residuais, em quantidade superior, desde que fixada em norma coletiva. Prestigiava, assim, a negociação coletiva, em atenção ao espírito do art. 7º, inciso XXVI, da Carta Magna, ao alento de que não havia regra legal que obstaculizasse a interlocução entre os atores sociais. [...] Até a edição da Lei nº 10.243, de 19.6.2001, a compreensão do Tribunal Superior do Trabalho, mesmo escudada na OJ 23 da SBDI-1, admitia, à falta de regra heterônoma que disciplinasse o tema, o elastecimento dos cinco minutos residuais pretéritos ou posteriores à jornada, via negociação coletiva, com sua desconsideração, no cômputo de horas extras. O vazio normativo foi preenchido pelo diploma legal, que acresceu o § 1º ao art. 58 da CLT, definindo, de forma imperativa e expressa, que os minutos residuais não podem ultrapassar o máximo de dez minutos diários. Reitero que a Lei é imperativa e estabelece fronteira máxima. [...]

Embora a decisão reconheça que as normas atinentes à jornada de trabalho são de ordem pública e visam assegurar a dignidade do trabalhador e os valores sociais do trabalho, não transparece

<sup>250</sup> Acórdão TST-RR 2086/2004-771-04-00.0, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Bresciani, DJ 23.06.2006.

a proteção destinada à saúde – também direito fundamental em nossa Carta Magna - pretendida pelo constituinte e pelo legislador ordinário, ao estabelecer jornada máxima de trabalho, inclusive com redução de 48 horas para 44 horas semanais a partir da Constituição Federal de 1988<sup>251</sup>.

Ao prender-se à análise da validade da norma coletiva diante da legislação ordinária, deixa-se de questionar a validade da norma diante do ordenamento constitucional. É constitucional norma que estabelece a possibilidade de dilação de jornada sem a respectiva remuneração? É razoável pressupor que em tempos de moderna tecnologia como vivemos justifique-se a necessidade do trabalhador registrar a jornada cinco minutos antes do início e cinco minutos depois do término? Quais as razões para isso? E, mais importante, o que justifica que este labor não seja remunerado?

Afinal, a prática não é nova. Marx<sup>252</sup> analisa-a com cuidado, revelando que, por trás dela, há também formação de mais valia. Ao fazer o trabalho iniciar antes e terminar depois da jornada contratual ou legalmente estabelecida, o empregador obtém maior lucro, ainda que seja em razão dos trabalhadores estarem desempenhando tarefas que não sejam próprias de sua função mas que, sendo necessárias à empresa, deixam de ser realizadas durante a jornada normal porque deles é exigido o trabalho no período integral.

Os minutos trabalhados não são irrelevantes: dez minutos diários de elastecimento para um trabalhador que cumpra jornadas de segunda-feira a sábado, importam em uma hora de labor a mais, por semana. Por consequência, são quatro horas e meia de trabalho extra por mês, em média. Esta prática, em um ano, importa em 49 horas e meia de labor extraordinário, ou seja, a uma

---

<sup>251</sup> Consta da decisão: “É sempre oportuno recordar que, na gênese do Direito do Trabalho, as jornadas desumanas eram ofensivas e conduziram, exatamente, à edição de normas que limitavam a duração do trabalho, assim restringindo a liberdade de pactuação privada. Inscreve-se na realidade que deu impulso à concepção do direito laboral a compleição jurídica essencial das normas que regulam a duração do trabalho. A natureza jurídica que nelas se reconhece não decorre de mero capricho legislativo, mas guarda pertinência com o legítimo resguardo da dignidade do trabalhador, assim encontrando lastro nas primeiras guias da República brasileira (Constituição Federal, art. 1º, incisos III e IV; art. 4º, inciso II). São, assim, imperativas e de ordem pública. [...] A negociação coletiva é instituto valorizado e protegido pela ordem constitucional (CF, art. 7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI, art. 8º, III). Constitui opção legitimadora do regramento trabalhista, sempre adquirindo prestígio nos ordenamentos mais modernos e evoluídos. Não está e não pode estar -, no entanto, livre de quaisquer limites, atrelada, apenas, à vontade daqueles que contratam. A mesma Constituição, que consagra acordos e convenções coletivas de trabalho, fixa direitos mínimos para a classe trabalhadora, exigindo a proteção da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Esta proteção não pode subsistir sem a reserva de direitos mínimos, infensos à redução ou supressão por particulares e categorias. Em tal área garantida estão as normas que disciplinam a jornada.” Acórdão TST-RR 2086/2004-771-04-00.0, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Bresciani, DJ 23.06.2006.

<sup>252</sup> MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. 20ª ed. Livro I, vol. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. págs. 278-282.



apropriação indevida do labor no equivalente a mais de uma semana. Em quatro anos, o obreiro terá trabalhado o equivalente a um período de férias anual: uma apropriação de aproximadamente 2% do salário mensal, sendo que o trabalhador deixa de receber, na verdade, o equivalente a 3% de seu salário (diretamente, desconsideradas as repercussões em repouso semanais remunerados, férias, gratificações natalinas, etc., bem como prejuízos), já que as horas extras devem ser remuneradas com adicional de 50%.

Esta apropriação indevida é deliberada, como revelam os relatórios de inspetores de fábrica, responsáveis pela fiscalização do cumprimento da Lei fabril de 1850, na Inglaterra. Marx utiliza-os em sua análise, citando o depoimento de um fabricante<sup>253</sup>, em 1860:

“Se o senhor me permite”, disse-me um respeitável fabricante, “ultrapassar diariamente o tempo normal de trabalho em 10 minutos, o senhor colocará anualmente em meu bolso 1.000 libras esterlinas”. Átomos de tempo são os elementos do lucro.

Há uma inversão na hierarquia das normas e na aplicabilidade destas de forma que a lei ordinária e as normas coletivas adquirem maior importância e efetividade do que a Constituição Federal. A Constituição Federal estabelece uma jornada máxima diária, garantindo direitos do trabalhador à justa remuneração e à saúde, entre outros. No entanto, para a decisão examinada, é a lei ordinária a responsável pela sua maior efetivação, de forma que, inexistindo a lei é possível a negociação de forma irrestrita. Revela-se aqui o tratamento dispensado aos direitos sociais que lhes nega vigência quando previstos apenas no texto constitucional e, como já visto, possui índole ideológica, não se sustentando. Não há razão para que a norma constitucional deixe de ter eficácia, eis que não demanda regulamentação ordinária, possuindo texto bastante claro e objetivo.

---

<sup>253</sup> Ibidem, pág. 282.

### 3.4. A contextualização das negociações: os sindicatos em tempos de globalização

A questão adquire especial relevância quando contextualizada a situação de criação de normas deste tipo, em nosso país, nos tempos atuais. Vivemos em uma época curiosa. Os sindicatos, historicamente os grandes e tradicionais baluartes na defesa dos direitos dos trabalhadores, passaram a ter papel ativo na negociação coletiva para **renunciar** aos direitos arduamente conquistados.

A renúncia da qual se tornaram autores, por força de específica interpretação da Constituição Federal de 1988, é ainda mais relevante se considerado que os sindicatos nasceram com objetivo de minimizar a chamada “Lei do Salário”, atraindo-a para seu próprio controle e impedindo que os níveis salariais coloquem-se abaixo do patamar mínimo para manutenção e sobrevivência própria e da respectiva família<sup>254</sup>.

A definição de sindicatos de Antunes<sup>255</sup> aumenta a perplexidade diante da previsão constitucional brasileira de flexibilização através da atuação destas entidades:

Os sindicatos são, portanto, associações criadas pelos operários para sua própria segurança, para a defesa contra a usurpação incessante do capitalista, para a manutenção de um salário digno e de uma jornada de trabalho menos extenuante, uma vez que o lucro capitalista aumenta não só em função da baixa de salários e da introdução de máquinas, mas também em função do tempo excessivo de trabalho que o capitalista obriga o operário a exercer.

Também Neumann havia escrito, em 1929<sup>256</sup>:

Il moderno diritto del lavoro si basa essenzialmente sulla partecipazione dei sindacati alla disciplina del mondo del lavoro. Oggi i sindacati sono portatori di una nuova forma di democrazia, di una democrazia collettiva; che riguarda la gestione del lavoro. Il singolo prestatore di lavoro non esercita piú direttamente il suo diritto di partecipazione; può farlo, e lo fa, solo attraverso la mediazione della coalizione collettiva<sup>257</sup>.

<sup>254</sup> ANTUNES, Ricardo L.C. *O que é sindicalismo*. São Paulo: Brasiliense, 1994. págs. 11-13.

<sup>255</sup> *Ibidem*, pág. 12.

<sup>256</sup> NEUMANN, Franz L. *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*. Milão: Società Editrice il Mulino, 1983. págs. 75-76.

<sup>257</sup> Tradução livre: “O moderno direito do trabalho baseia-se essencialmente sobre a participação dos sindicatos na disciplina do mundo do trabalho. Hoje, os sindicatos são os portafores de uma nova forma de democracia, de uma democracia coletiva; que concerne à gestão do trabalho. O indivíduo prestador de trabalho não exercita mais diretamente o seu direito de participação; pode fazê-lo, e o faz, só através da mediação da coalização coletiva”.

Antes, Neumann já havia indicado o direito do trabalho como limitador do poder exercido pelo empregador, baseado em três fatores: o Estado, através das normas de tutela do trabalho; os sindicatos, que colaborariam na disciplina das condições de salário e de trabalho e os conselhos de fábrica, que deveriam colaborar com o empregador na gestão empresarial<sup>258</sup>.

No caso brasileiro, a Constituição da República prevê, em seu artigo 7º, incisos VI e XIII e XIV, a possibilidade de redução salarial, pactuação de compensação de jornada (com a consequente prorrogação da jornada para além das oito horas diárias) e alteração da jornada mínima para trabalhadores em turnos ininterruptos de revezamento mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho. Ademais, tem sido freqüente a negociação coletiva de direitos dos trabalhadores previstos ou não na Constituição Federal, argumentando-se pela validade e eficácia dos instrumentos normativos com base no artigo 7º, inciso XXVI da Carta Magna.

No entanto, na singular história do sindicalismo brasileiro, o novo papel atribuído aos sindicatos não causa espanto. Nascido com intuito de conquistar os direitos fundamentais do trabalho para os trabalhadores brasileiros, desde 1912, o sindicalismo enfrentou tentativas de controle estatal, que restaram muito bem sucedidas durante o período Vargas (1930-1945)<sup>259</sup>. O controle da atividade sindical, no entanto, mudou de rosto a partir de 1988. Embora a Constituição da República tenha afastado a intervenção formal estatal, é certo que o controle das atividades sindicais passaram a ser realizados pelo capital sem a intermediação do Estado e através de técnicas terríveis, fundadas em especial na existência de grande massa de trabalhadores desempregados.

Ademais, se no período que sucedeu 1945 houve um aumento da amplitude de atuação sindical, ainda que sem nenhuma alteração na respectiva legislação, é fato que, a partir do golpe militar de 1964, a prática sindical foi levada a uma reformulação, reforçando-se o papel do sindicato como mero órgão assistencialista, intermediário entre o Estado e os trabalhadores<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> Ibidem, pág. 74.

<sup>259</sup> ANTUNES, Ricardo L.C. *O que é sindicalismo...*, págs. 41, 46, 48 e 49.

<sup>260</sup> Ibidem, págs. 58-59.

Diante deste desmonte da organização sindical que deixou de ser instrumento de luta anti-capital, emergiu o que foi chamado de “sindicalismo de resultados”, defensor do capitalismo e compatível com a onda neo-liberal<sup>261</sup>. É pontual o diagnóstico de Antunes<sup>262</sup>, realizado há mais de uma década:

[...] os sindicatos, estão aturdidos. Na defensiva, na retranca e com vários pontos vulneráveis. Entre o estrago bárbaro do stalinismo e a onda neoliberal, abandonam as perspectivas de emancipação do trabalho e contentam-se com o bem-estar social-democrata. Distanciam-se dos movimentos autônomos de classe e subordinam-se, política e ideologicamente, aos valores existentes na **sociabilidade regida pelo mercado**.

Ademais, a organização sindical segue modelo pensado e planejado para uma determinada linha de atuação do capital, incompatível com a atual. Como bem salienta Castells<sup>263</sup>, embora houvesse um prognóstico de desenvolvimento da grande empresa com várias unidades como resposta à globalização da economia, na verdade o que ocorreu foi a formação de redes internacionais de empresas e subunidades empresariais como forma organizacional básica da economia global. Segundo ele<sup>264</sup>:

[...] as empresas multinacionais são, de fato, as detentoras do poder oriundo da riqueza e tecnologia na economia global, visto que a maior parte das redes são estruturadas em torno delas. Mas, ao mesmo tempo, são internamente diferenciadas em redes descentralizadas e externamente dependentes de sua participação em uma estrutura complexa e em transformação de redes interligadas, redes internacionais [...]. A lógica da rede é mais poderosa que seus poderosos.

### 3.5. A crise do Estado e da teoria constitucional

Tudo isso ocorre num momento de crise do Estado e da teoria constitucional. Segundo Bercovici e Massonetto, nos últimos anos, o reconhecimento do conflito social como questão jurídica e do papel redistributivo do Estado como um de seus principais atributos vem concorrendo com

<sup>261</sup> Ibidem, pág. 69.

<sup>262</sup> Ibidem, pág. 77. Grifos nossos.

<sup>263</sup> CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2002. pág. 250.

<sup>264</sup> Ibidem, pág. 252.

tendências de esterilização das políticas públicas enquanto conquista política e com a associação do capitalismo com formas autoritárias de organização social<sup>265</sup>.

As políticas públicas desenvolvidas com o objetivo de prover o bem estar e reduzir desigualdades a partir de agendas positiva necessárias a partir do reconhecimento da incapacidade do mercado para tanto acabaram sendo transfiguradas pelo movimento do capital de forma que a classe trabalhadora, que se pretendia sujeito das políticas do Welfare State<sup>266</sup>, transformou-se em mera destinatária, “[...] com a substituição da conquista pela idéia de promessa”<sup>267</sup>.

Por outro lado, no campo do direito constitucional, verifica-se um conflito entre o constitucionalismo social-dirigente, para quem “[...] a constituição deve conformar um projeto econômico-social a ser implementado pelo Estado<sup>268</sup>” e o neoconstitucionalismo econômico, que atribui um conteúdo neoliberal ao Estado de direito e sustenta a menor intervenção possível do Estado que passa a estar vinculado à liberdade econômica<sup>269</sup>. Este conflito, no entanto, não se dá entre uma teoria constitucional democrática e uma social-dirigente, mas entre uma teoria democrática e outra, de cunho neoliberal<sup>270</sup>. No caso concreto, “[...] passaram a integrar a Constituição diversos conteúdos normativos vinculados ao liberalismo econômico, impondo à soberania popular diversas restrições tendentes à garantia de um arranjo institucional subjugado ao livre mercado<sup>271</sup>”.

A idéia da autonomia da vontade coletiva na negociação através dos sindicatos, neste cenário, vem a solucionar o problema do capital diante dos trabalhadores que reivindicam o cumprimento das normas escritas, consubstanciadas na Constituição Federal e nas leis ordinárias, em especial na CLT. Afinal, a CLT vem prestando-se a permitir ao Estado coibir violações dos direitos

---

<sup>265</sup> BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. “Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico”..., pág. 505.

<sup>266</sup> *Ibidem*, págs. 506-507.

<sup>267</sup> *Ibidem*, pág. 507.

<sup>268</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (org.). *Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pág. 121.

<sup>269</sup> *Idem*.

<sup>270</sup> *Ibidem*, pág. 127.

<sup>271</sup> *Idem*.

por parte dos empregadores, direitos estes ligados ao reconhecimento da dignidade dos trabalhadores<sup>272</sup>.

Com o esvaziamento da função reguladora do Estado e o enfraquecimento dos direitos fundamentais sociais através da construção de teorias de não aplicabilidade imediata, remete-se a força destas conquistas à permanente atuação de uma estrutura sindical sucateada, ficando prejudicada a efetividade destes direitos e, por conseqüência, cada vez mais comprometida a dignidade do ser humano trabalhador.

### 3.6. Critérios para análise de validade de cláusulas convencionais

Diante deste quadro, vislumbra-se grande coerência em duas decisões, da 3ª e da 4ª Turma, respectivamente, do Tribunal Superior do Trabalho que, embora importem em soluções diferentes (uma delas reconhece a validade da pactuação coletiva e, outra, não), têm por fundamento a mesma compreensão quanto à (in)disponibilidade dos direitos fundamentais<sup>273</sup>.

Na primeira delas, foi declarada a nulidade da pactuação coletiva que importava em renúncia ao recebimento de horas *in itinere*, ou seja, horas dispendidas no deslocamento, em transporte fornecido gratuitamente pelo empregador, até o local de trabalho, de difícil acesso e não servido por transporte público regular, tradicionalmente remuneradas por aplicação analógica da legislação que disciplina a jornada de trabalho e, a partir de 19 de junho de 2001, em razão do parágrafo 2º do artigo 58, da CLT, inserido pela Lei 10.243/2001<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luis Fernando. “Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico”..., pág. 515.

<sup>273</sup> Acórdãos TST-AIRR 397/2005-271-06-40, 3ª Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 20.10.2006 e TST- RR-649/2005-072-03-00.0, 4ª Turma, Relator Ministro Barros Levenhagen, DJ 04.08.2006.

<sup>274</sup> “Art. 58. A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

[...]

§ 2º. O tempo despendido pelo empregado, até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução”. Anteriormente, o pagamento de horas extras nesta hipótese tinha entendimento consolidado em Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, a saber, Enunciado 90: “O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, e para seu retorno, é computável na jornada de trabalho”.

Nas situações analisadas nos acórdãos mencionados, houve renúncia ao recebimento das horas *in itinere* em instrumentos normativos laborais. Na primeira delas, houve reconhecimento da nulidade do pactuado<sup>275</sup>:

O reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, previsto no art. 7º, XXVI, da Carta Magna, não autoriza que através destes instrumentos seja promovida a simples supressão de direitos e garantias legalmente assegurados. No caso em exame, a norma coletiva, objeto de discussão, subtraiu direito do empregado assegurado em norma cogente, qual seja, o artigo 58, § 2º, da CLT. A situação dos autos não encontra amparo no ordenamento jurídico, que não contempla a supressão, mediante acordo ou convenção coletiva, de direitos trabalhistas protegidos por norma legal de caráter cogente. [...] Na hipótese, ficou assentado que a transação firmada entre as partes (pela qual o trabalhador renunciava as horas gastas no percurso) implicou apenas em renúncia de direitos por parte da classe dos trabalhadores, sem haver concessões recíprocas, motivo pelo qual se considerou, à luz dos arts. 9º e 58, § 2º, da CLT, nulo *ipso jure* o pactuado, por ser ilegal, impertinente e abusivo [...] À luz dos princípios que regem a hierarquia das fontes de Direito do Trabalho, as normas coletivas, salvo os casos constitucionalmente previstos, não podem dispor de forma contrária às garantias mínimas de proteção ao trabalhador previstas na legislação, que funcionam como um elemento limitador da autonomia da vontade das partes no âmbito da negociação coletiva.[...] Flexibilizar, no entanto, não é o mesmo que suprimir direitos.

Na segunda decisão, nada obstante o reconhecimento de validade à pactuação, também foram consideradas as condições gerais que redundaram na cláusula e o instrumento normativo como um todo:

[...] se deve prestigiar os acordos e convenções coletivas, por injunção do art. 7º, inciso XXVI, da Constituição, em que se consagrou o princípio da autonomia privada da vontade coletiva, desde que a pactuação não agrida norma de ordem pública ou norma constitucional de proteção mínima ao empregado.[...] também não aceito convenção coletiva que retire direitos mínimos do trabalhador, em desrespeito ao artigo 114, § 2º, da Constituição da República. O princípio do conglobamento, adotado na interpretação dos acordos e convenções coletivos, permite a redução de determinado direito mediante a concessão de outras vantagens similares, de modo que no seu conjunto o ajuste se mostre razoavelmente equilibrado. Por isso mesmo é que se deve prestigiar os acordos e convenções coletivas, por injunção do art. 7º, inciso XXVI, da Constituição, em que se consagrou o princípio da autonomia privada da vontade coletiva, desde que a pactuação não agrida norma de ordem pública ou norma constitucional de proteção mínima ao empregado.

---

<sup>275</sup> Acórdão TST-AIRR 397/2005-271-06-40, 3ª Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 20.10.2006.

Referidas decisões nos permitem a construção de um conjunto de critérios de validade das cláusulas inseridas em normas coletivas no que pertine à (in)disponibilidade de direitos sociais dos trabalhadores. Para tanto, temos clara a advertência de Delgado<sup>276</sup>:

O critério de hierarquia normativa preponderante no Direito Comum tem a seu favor a óbvia virtude da singeleza, que propicia claro e objetivo caminho de sua compreensão e cumprimento. A rigidez e inflexibilidade da pirâmide normativa confere transparência à relação de superioridade e inferioridade entre os diplomas jurídicos, reduzindo a margem de perplexidade e contradições na atuação dos operadores do Direito.

Já o critério juslaboralista, por ser plástico, flexível e variável, assume caráter de maior complexidade em sua estruturação e dinâmica operacional, dificultando um claro e objetivo caminho para sua compreensão e cumprimento. Por essa razão, a Ciência do Direito, aplicada ao ramo trabalhista, busca construir teorias que sejam consistentes e hábeis a conferir o máximo de objetividade e universalidade possíveis à execução do critério hierárquico prevalecente no Direito do Trabalho.

Como analisar a validade de normas coletivas que afetam a direitos humanos, em face do disposto no artigo 7º, incisos VI, XIV e XXVI da Constituição da República, à luz da teoria crítica dos direitos humanos?

Inicialmente, por estarmos tratando de direitos humanos, temos que é inquestionável a irrenunciabilidade. Portanto, não há disponibilidade para a simples renúncia que não importa em qualquer negociação relativa a condições outras do contrato laboral.

Em seguida, temos que não há disponibilidade de negociação coletiva pertinente aos direitos sociais em que o constituinte não tenha, expressamente, previsto a hipótese. Outra não pode ser a compreensão pois, se o constituinte desejasse a possibilidade de flexibilização de todos os direitos elencados nos incisos do artigo 7º da Carta Constitucional, não teria realizado esta previsão de forma expressa nos incisos VI e XIV. Portanto, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho previsto no inciso XXVI não é extensivo a qualquer teor destas normas. A negociação pode ser realizada em relação à irredutibilidade salarial e jornada de trabalho em turnos ininterruptos.

Ainda assim, diante da impossibilidade de renúncia a direito fundamental, a validade da negociação que importa em redução salarial ou aumento de jornada diária em turnos de revezamento está atrelada ao princípio do conglobamento. A teoria desenvolvida a partir deste princípio conta com

<sup>276</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho...*, pág. 1393.



um procedimento específico de seleção, análise e classificação das normas cotejadas (por exemplo, norma constitucional, lei e norma coletiva). Os conjuntos normativos não são fracionados, mas são analisados globalmente a partir de um mesmo universo temático a partir do que é feita a comparação destinada à verificação do conjunto normativo mais favorável<sup>277</sup>.

A extração do instrumento normativo mais favorável é realizada a partir da análise da totalidade, existindo, pois, um critério sistemático que analisa as normas integralmente. A Lei 7064/82 adota este princípio ao disciplinar a situação de trabalhadores brasileiros contratados no exterior ou para lá transferidos para prestar serviços.

Para análise das normas a partir do conglobamento, deve ser considerada a coletividade interessada (categoria) e não o indivíduo isoladamente. Portanto, a cláusula que importa em perda ou redução de direito fundamental será válida apenas se representar norma mais favorável para toda categoria, analisado o instrumento normativo como um todo em comparação com as demais normas que regulam a matéria.

---

<sup>277</sup> Ibidem, pág. 1394.

## CAPÍTULO 4

### *A ATUAÇÃO JURISDICIONAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: LIMITES E POSSIBILIDADES*

#### **4.1. O papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos humanos**

Diante deste quadro de crise do Estado e do constitucionalismo e desmonte da organização sindical, urge a apreciação do papel que incumbe ao Poder Judiciário em busca da efetividade dos direitos do trabalho, especificamente quanto ao posicionamento adotado, na prática jurisdicional, quando suscitado a reconhecer (ou não) a validade de cláusulas em convenções e acordos coletivos de trabalho.

Não se trata de discutir a hipótese de “judicialização da política” ou de “politização do judiciário”. Não se pretende questionar a possibilidade do julgador fazer as vezes do legislador nos casos em que este é omissor.

Não há justificativa para a negação de efetividade a direitos assegurados constitucionalmente por parte do Poder Judiciário. Trata-se de postura que entra em confronto com a democracia e o Estado de direito.

Pierre Bourdieu, no Prólogo de seu “*Poder, Derechos y Clases Sociales*”<sup>278</sup>, convocou ao combate à violência da opressão simbólica que se instalou nas democracias ocidentais, conclamando os intelectuais à atividade<sup>279</sup>:

Es en la esfera intelectual donde los intelectuales deben llevar a cabo el combate. No solamente porque es en este terreno donde sus armas son más eficaces, sino también porque es en nombre de una autoridad intelectual – y en particular de la ciencia – cómo las nuevas tecnocracias tienden a imponerse. [...] He aquí porqué los intelectuales deben dotarse de medios de expresión autónomos, independientes de las tentaciones públicas o

<sup>278</sup> BOURDIEU, Pierre. *Poder, Derecho y Clases Sociales*. 2ª ed. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001. pág. 61.

<sup>279</sup> *Ibidem*, pág. 62.

privadas, y organizarse colectivamente para poner sus armas apropiadas al servicio de los combates progresistas<sup>280</sup>.

A autoridade judiciária é, por excelência, forma de violência simbólica, ainda que legítima, e seu monopólio pertence ao Estado. Portanto, Bordieu<sup>281</sup> entende necessário o rompimento com a ideologia da independência do Direito<sup>282</sup> (“formalismo”), sem que isto leve a um “instrumentalismo”, ou seja, ao entendimento de que o Direito presta-se exclusivamente à reprodução das relações estabelecidas pelos dominantes. Para tanto, vislumbra a necessidade de levar em conta o universo social relativamente independente no qual se exerce a autoridade jurídica e que produz práticas e discursos jurídicos.

Faz-se necessária a compreensão dos mecanismos de atuação judicial. Este o primeiro desafio, especialmente quando se trata de auto-reflexão, ou seja, do pensar a instituição por quem a integra.

O direito é um produto cultural que instrumentaliza a prática jurisdicional cotidiana. Os juízes, enquanto intelectuais tradicionais, não são criação da burguesia e, assim sendo, encontram-se aptos a entabular relações orgânicas como queiram. Para a construção de relações orgânicas comprometidas com os vitimizados e com a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, em que prevaleça o respeito à dignidade humana, há necessidade de que seja mantido aberto o circuito de reação cultural referente ao Direito e, em especial, aos direitos humanos, a fim de que a atuação judicial possa ser harmônica com os reclames de concretização de condições atentas à dignidade dos seres humanos.

Trata-se de desafio no contexto da globalização empreendida na nova fase de acumulação do capital. Boaventura de Sousa Santos afirma que há conjuntos diferenciados de relações sociais

---

<sup>280</sup> Tradução livre: “É na esfera intelectual onde os intelectuais devem levar a cabo o combate. Não somente porque é neste terreno onde suas armas são mais eficazes, mas também porque é em nome de uma autoridade intelectual – e em particular da ciência – que as novas tecnocracias tendem a se impor. [...] Eis aqui porque os intelectuais devem se dotar de meios de expressão autônomos, independentes das tentações públicas ou privadas, e organizar-se coletivamente para colocar suas armas apropriadas a serviço dos combates progressistas”.

<sup>281</sup> Ibidem, pág. 167.

<sup>282</sup> Aquilo que, há pouco, chamou-se de “neutralidade do Direito”.

originando diferentes fenômenos de globalização, não se podendo falar em uma entidade única chamada globalização. Para ele, globalizações são cada um dos processos

[...] pelo qual determinada condição ou entidade local consegue estender a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival<sup>283</sup>.

Para todas as condições locais é possível verificar uma raiz local, uma imersão cultural específica, de forma que as globalizações operam de quatro modos: pelo *localismo globalizado*, em que um fenômeno local é globalizado com sucesso; pelo *globalismo localizado*, em que se sente o impacto de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais que são desestruturadas e reestruturadas para responder às necessidades do capital; pelo *cosmopolitismo*, que é o fenômeno pelo qual as formas de dominação permitem aos Estados-nação, regiões, classes ou grupos sociais subordinados a organização transnacional na defesa dos interesses comuns, utilizando-se das possibilidades de interação transnacional criadas pelo sistema mundial e, por fim, pela *preocupação com o patrimônio comum da humanidade*, que diz respeito a tudo que só tem sentido quando reportado ao globo em sua totalidade, como os temas ambientais, por exemplo<sup>284</sup>.

As globalizações operadas pelo localismo globalizado ou pelo globalismo localizado são de cima-para-baixo e, portanto, hegemônicas, enquanto que o cosmopolitismo e a preocupação com o patrimônio comum da humanidade são globalizações de baixo-para-cima ou contra-hegemônicas. O sistema-mundo atual é uma trama de localismos globalizados nos quais se especializaram os países centrais e de globalismos localizados impostos aos países periféricos.

Os direitos humanos podem ser vistos dentro destes processos como instrumentos para a globalização hegemônica ou contra-hegemônica<sup>285</sup>. Quando são tratados como universais, há uma

<sup>283</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. “Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos”. *Lua Nova: revista de cultura e política*. Nº 39, 1997. pág. 108.

<sup>284</sup> *Ibidem*, págs. 109-111.

<sup>285</sup> *Ibidem*, pág. 111.

tendência de localismo globalizado<sup>286</sup>, eis que a marca ocidental liberal dominante dos direitos humanos é o universalismo.

A transformação da conceituação e prática dos direitos humanos de um localismo globalizado para um projeto cosmopolita, tal como propõe Herrera Flores, demanda sua recontextualização. Para tanto, Boaventura de Sousa Santos formulou uma proposta de concepção multicultural de direitos humanos, identificando condições em que os direitos humanos podem funcionar como instrumentos emancipatórios<sup>287</sup>, vislumbrando-se a necessidade de uma política progressista de direitos humanos, com âmbito global e legitimidade local.

Tal política não deve excluir a potencialidade da atuação judicial, eis que, como afirma Peris: “El último reducto de un ciudadano es siempre acudir ante um Juez en demanda de Justicia<sup>288</sup>”. A atuação do Poder Judiciário é fundamental e deve afastar-se das tradicionais posturas conservadoras em direção à construção de um novo intervencionismo judicial.

Analisando a atuação dos tribunais, afirma Boaventura de Sousa Santos:

[...] em quase todas as situações do passado, os tribunais destacaram-se pelo seu conservadorismo, pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista ou dos agentes políticos progressistas, pela sua incapacidade para acompanhar os processos mais inovadores de transformação social, económica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população. [...] tais intervenções notórias foram, em geral, esporádicas, em resposta a acontecimentos políticos excepcionais, em momentos de transformação social e política profunda e acelerada<sup>289</sup>.

Atualmente, no entanto, há um novo intervencionismo judiciário, muito tímido, que, assentado num entendimento mais amplo do controle da legalidade, que inclui a reconstitucionalização do direito ordinário como fundamento de uma maior garantia dos direitos dos cidadãos, embora ocorra mais no campo do direito penal – no tocante à criminalização do que chama “irresponsabilidade política” – que nos demais campos do direito<sup>290</sup>. Muitos profissionais do Direito

---

<sup>286</sup> “[...] uma arma do Ocidente contra o resto do mundo”. Idem.

<sup>287</sup> Ibidem, pág. 107.

<sup>288</sup> PERIS, Manuel. *Juez, Estado y Derechos Humanos*. Valencia, Fernando Torres, 1976. pág. 169.

<sup>289</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa *et alii*. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996. pág. 19.

<sup>290</sup> Ibidem, pág. 20.

vem assumindo uma postura eminentemente política, “[...] valendo-se dos aspectos ambíguos e contraditórios do direito positivo para uma *práxis liberadora* das estruturas normativas, em prol de uma efetiva justiça material<sup>291</sup>”. Entretanto, a magistratura ainda se encontra num dilema na aplicação das normas abstratas e gerais aos casos concretos.

Isto ocorre, entre outras razões, porque os juízes deparam-se com dificuldade em contrariar um sistema legal ineficaz por não ter liberdade criativa nem flexibilidade e condições institucionais para modernizar códigos esclerosados que, muitas vezes, são responsáveis até mesmo pela ineficácia das decisões pautadas em modernas legislações. Tudo isto ocorre num cenário político em que o Estado busca realizar constantes ajustamentos no processo de organização sócio-econômica e política, em razão das tensões e conflitos sociais, sem lograr êxito em superar as contradições em que se assenta esta organização<sup>292</sup>.

E nem poderia lograr êxito, eis que, como bem assevera Herrera Flores, a causa dos problemas do capitalismo é a sua própria dinâmica e, portanto, qualquer ajuste pretendido dentro do próprio sistema, sem alterações na infra-estrutura, é incapaz de solucionar os conflitos<sup>293</sup> e, com isso, mais dilemas surgem.

Trata-se, para José Eduardo Faria, um dilema hamletiano que diríamos ocorrer entre o Direito como tecnologia de controle, organização e direção social ou uma atividade científica<sup>294</sup>. No primeiro caso,

[...] o direito é visto como uma ordem coativa emanada da autoridade estatal e constituída por normas de diferentes níveis que regulamentam o emprego da força nas relações sociais, determinam os limites dos comportamentos dos homens e sancionam as condutas não desejadas segundo a ordem a ser mantida. Enquanto técnica a organizar, a orientar e a induzir as interações sociais, o direito não é encarado como um fim em si mesmo, mas como meio, simples instrumento<sup>295</sup>.

<sup>291</sup> FARIA, José Eduardo. “A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação”. NALINI, José Renato (org.). *Formação Jurídica*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Pág. 14.

<sup>292</sup> Ibidem, pág. 13.

<sup>293</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos: una visión crítica...*, págs. 9-12.

<sup>294</sup> FARIA, José Eduardo. “A cultura e as profissões jurídicas...”..., pág. 15.

<sup>295</sup> Idem.

Ocorre que os tribunais constituem-se num dos pilares fundadores do Estado moderno, ao lado dos poderes legislativo e executivo, nada obstante assumam-se publicamente como poder político apenas quando interferem com os demais poderes<sup>296</sup>.

Embora os tribunais dos países periféricos tenham, de maneira semelhante, passado por fases de significação dentro do Estado moderno nos últimos dois séculos, as Cortes dos países periféricos e semi-periféricos tiveram uma evolução diferente. Isto porque a maioria deles não contou com o fenômeno do Estado-Providência, fenômeno político exclusivo dos países centrais.

Constata Boaventura de Sousa Santos:

As sociedades periféricas e semiperiféricas caracterizam-se em geral por chocantes desigualdades sociais que mal são mitigados pelos direitos sociais e económicos, os quais, ou não existem, ou, se existem, tem uma deficientíssima aplicação. Aliás, os próprios direitos [...] cívicos e políticos, têm uma vigência precária, fruto da grande instabilidade política em que têm vivido estes países, preenchidas com longos períodos de ditadura<sup>297</sup>.

No Brasil, como em outros países semi-periféricos que também passaram por processos de transição democrática na década de 80:

[...] os tribunais só muito lenta e fragmentariamente têm vindo a assumir a sua co-responsabilidade política na actuação providencial do Estado. A distância entre a Constituição e o direito ordinário é, nestes países, enorme e os tribunais têm sido, em geral, tíbios em tentar encurtá-la<sup>298</sup>.

Muitos são os fatores desta lentidão dos tribunais, ainda que não constituam características exclusivas de países periféricos e semi-periféricos, entre os quais: conservadorismo dos magistrados oriundo das faculdades de direito dominadas por concepções retrógradas da relação entre direito e sociedade, desempenho rotinizado assentado na justiça retributiva, hostil à justiça distributiva, e uma cultura jurídica “cínica” que não leva a sério a garantia dos direitos e que neles

---

<sup>296</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa *et alii*. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas...*, págs. 20 e 22.

<sup>297</sup> *Ibidem*, pág. 35.

<sup>298</sup> *Ibidem*, págs. 37-8.

vislumbra apenas declarações programáticas, dado o costume de convivência e/ou cumplicidade com a violação dos direitos assegurados constitucionalmente<sup>299</sup>

Por outro lado, há correntes jurisprudenciais minoritárias, no caso específico do Brasil, em especial na primeira instância embora também nos demais graus do Poder Judiciário, assumindo uma postura mais crítica e agressiva<sup>300</sup> na defesa dos direitos, assentando-se na constitucionalização do direito ordinário e orientadas para uma tutela jurisdicional mais efetiva<sup>301</sup>.

A compreensão do papel assumido pelos tribunais nos países centrais nos períodos do Estado liberal, do Estado-Providência e da crise deste pode ser útil na construção de uma proposta de atuação contra-hegemônica.

No período do Estado liberal, ou seja, até a primeira guerra mundial, que o poder legislativo assumiu uma preponderância política sobre os demais poderes e, como tal o poder judicial foi, na prática, politicamente neutralizado. Esta neutralização decorreu da aplicação do princípio da legalidade que proibiu os juízes de decidir *contra legem* e do princípio da subsunção racional-formal pelo qual “[...] a aplicação do direito é uma subsunção lógica de factos a normas e como tal desprovida de referências sociais, éticas ou políticas<sup>302</sup>”. O poder judicial passou a ser retroativo, reconstituindo uma realidade normativa plenamente constituída, e reativo, só atuando mediante provocação das partes.

Ademais, o princípio da segurança jurídica foi priorizado, encontrando-se assentado na generalidade e universalidade da lei e na aplicação automática que ela supostamente possibilita. A independência dos tribunais residia no fato de estarem sujeitos ao império da lei.

Por este motivo, os tribunais passaram ao largo das crises políticas e sociais do período. Assevera Boaventura de Sousa Santos: “[...] neste período, a posição institucional dos tribunais os

---

<sup>299</sup> Ibidem, pág. 38.

<sup>300</sup> Esta postura assume, muitas vezes, caráter temerário diante da excessiva interferência do Poder Judiciário no âmbito político. Não se pode olvidar a divisão dos poderes e a representatividade e legitimidade dos membros do Poder Legislativo para deliberar sobre questões como o orçamento, por exemplo, nas quais não é dado ao Poder Judiciário interferir, exceto em caso de flagrante ilegalidade.

<sup>301</sup> Idem.

<sup>302</sup> Ibidem, pág. 23.



predispôs para uma prática judiciária tecnicamente exigente mas eticamente frouxa, inclinada a traduzir-se em rotinas e, por consequência, a desembocar numa justiça trivializada<sup>303</sup>.

Com a consolidação do Estado-Providência após a segunda guerra mundial, houve o colapso da teoria da separação dos poderes em razão da predominância do executivo e foi criado um novo instrumentalismo jurídico com a governamentalização da produção do direito. As sucessivas explosões legislativas colocaram fim à coesão e unidade do sistema jurídico, fazendo surgir um caos normativo que tornou problemática a vigência do princípio da legalidade e impossibilita a aplicação do princípio da subsunção lógica.

Verificou-se a juridificação da justiça distributiva por força da consagração constitucional dos direitos sociais e econômicos:

A liberdade a proteger juridicamente deixa de ser um mero vínculo negativo para passar a ser um vínculo positivo, que só se concretiza mediante prestações do Estado.

Trata-se, em suma, de uma liberdade que, longe de ser exercida contra o Estado, deve ser exercida pelo Estado. O Estado assume assim a gestão da tensão, que ele próprio cria, entre justiça social e igualdade formal, e dessa gestão são incumbidos, ainda que de modo diferente, todos os órgãos e poderes do Estado<sup>304</sup>.

O critério de avaliação de desempenho da atuação judicial deixou de ser retrospectivo, de validação do ordenamento jurídico, para ser prospectivo, ou seja, fundado nos efeitos extrajudiciais da atuação jurisdicional.

Com isto, ocorreu uma desneutralização política dos tribunais decorrente do entendimento de que, em situações de contradição entre a igualdade formal e a justiça social, a solução jurídico formal em litígios entre partes com condições sociais extremamente desiguais não era fator de segurança, mas de insegurança jurídica.

A partir daí, conclui Santos:

O enfoque privilegiado nos efeitos extrajudiciais da decisão em detrimento da correção lógico-formal contribuiu para dar uma maior visibilidade social e mediática aos

---

<sup>303</sup> Ibidem, pág. 24.

<sup>304</sup> Ibidem, pág. 25.

tribunais [...] o desempenho judicial passou a ter uma relevância social e impacto mediático<sup>305</sup>.

Com a crise do Estado-Providência, a partir de princípios da década de oitenta do século passado, no entanto, acentua-se a perda de coerência e unidade do sistema jurídico, agora motivada pela desregulamentação da economia (que vem se processando mediante extensas regulamentações) e pela globalização. O surgimento de uma nova *lex mercatoria* privilegiou a instância da arbitragem internacional mas, ainda assim, é constatado um aumento da litigiosidade e, conseqüentemente, da tendência de avaliação de desempenho por critérios de produtividade quantitativa.

No Brasil, atualmente, é possível vislumbrar uma mescla das características do período do Estado-Providência e de sua crise. Ao mesmo tempo que a Constituição de 1988 importou em um aumento de litigiosidade, em decorrência do reconhecimento e garantia de inúmeros direitos sociais e econômicos, além de direitos do meio ambiente, consumidor, etc.<sup>306</sup>, verifica-se já o esvaziamento político da atuação judicial reduzida a estatísticas de produtividade como se o critério de análise e avaliação da boa prestação jurisdicional fosse a celeridade a qualquer custo.

Na busca de novas formas jurídicas capazes de coordenar o pluralismo social, promover a justiça social e democratizar a vida coletiva em uma sociedade plena de contradições e estigmatizada pela pobreza, Faria<sup>307</sup> entende essencial a discussão da função social do jurista, do caráter instrumental da dogmática jurídica e das influências ideológicas na formação do conhecimento jurídico.

A atuação jurisdicional deve se pautar, em primeiro lugar, pelo respeito aos direitos humanos, estejam assegurados ou não na Constituição Federal. Apenas desta forma a atuação política estará comprometida com a dignidade da pessoa humana e, por conseqüência, com uma opção emancipatória.

<sup>305</sup> Ibidem, pág. 27.

<sup>306</sup> Castelar faz referência, em seu relatório estatístico, ao aumento de demandas após a promulgação da Carta Constitucional brasileira de 1988 (em CASTELAR PINHEIRO, Armando (2002). *Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos Magistrados*. Dezembro de 2002, in: [http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando\\_Castelar\\_Pinheiro2.pdf](http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf), acessado em 11 de dezembro de 2005, às 12h32min. pág. 4).

<sup>307</sup> FARIA, José Eduardo. “A cultura e as profissões jurídicas...” ..., págs. 19-20.

A recuperação da ação política proposta por Herrera Flores<sup>308</sup> impõe a tomada de posição pelo magistrado, em sua atuação jurisdicional – e dada sua participação na construção das relações hegemônicas – optando pelo reconhecimento da natureza política de seus atos<sup>309</sup>.

#### 4.2. Os limites à atuação jurisdicional: a pirâmide da litigiosidade

Por outro lado, há de ser considerada de forma lúcida a potencialidade de atuação transformadora do magistrado no exercício da jurisdição. Tal como o direito que, como bem assevera Herrera Flores, tem potencial transformador, mas não basta por si próprio, também a atuação jurisdicional é de grande relevância mas não é suficiente para assegurar por si a construção de relações sociais mais justas e igualitárias.

A análise lúcida da potencialidade da atuação judicial fica mais fácil com o uso da pirâmide da litigiosidade apresentada por Boaventura:

O conceito de pirâmide de litigiosidade tem vindo a ser utilizado para dar conta, por recurso a uma metáfora geométrica, do modo como são geridas socialmente as relações litigiosas numa dada sociedade. Sabendo-se que as que chegam aos tribunais e, destas, as que chegam a julgamento, são a ponta da pirâmide, há que conhecer a trama social que intercede entre a ponta e a base da pirâmide<sup>310</sup>.

#### Figura 1– Pirâmide dos litígios e sua resolução

<sup>308</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. “Hacia una visión compleja de los derechos humanos...”, pág. 27.

<sup>309</sup> O reconhecimento do Judiciário como poder é de grande relevância diante daqueles que pretendem seu enquadramento como mero serviço público. A título de exemplo, veja-se JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2001). “El acceso a la judicatura em España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*. Madrid, Consejo General Del Poder Judicial, 2001. pág.159.

<sup>310</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa *et alii*. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas...*, pág. 44.



FONTE: SANTOS, Boaventura de Sousa *et alii*. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*. Porto, Afrontamento, 1996. Pág. 50.

As relações sociais transformam-se em litígios judiciais ou não em conformidade com a cultura jurídica vigente em cada país, grupo social e área territorial<sup>311</sup>. Isto porque a simples lesão a uma norma não é capaz de gerar, por si só, o litígio judicial. Inicialmente, diante da lesão, é necessário que o lesionado perceba o dano, identifique o causador e esteja consciente de que houve a violação de uma regra. Também é necessário que o lesionado se pense como capaz de reagir contra o dano ou seu causador.

Neste aspecto, afirma Santos:

<sup>311</sup> Para Santos, “(a) cultura jurídica é o conjunto de orientações a valores e a interesses que configuram um padrão de atitudes face ao direito e aos direitos e face às instituições do Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos. Nas sociedades contemporâneas, o Estado é um elemento central da cultura jurídica e nessa medida a cultura jurídica é sempre uma cultura jurídico-política e não pode ser plenamente compreendida fora do âmbito mais amplo da cultura política. Por outro lado, a cultura jurídica reside nos cidadãos e suas organizações e, neste sentido, é também parte integrante da cultura da cidadania”. (ibidem, pág. 42).

Diferentes grupos sociais têm percepções diferentes das situações de litígio e níveis de tolerância diferentes perante as injustiças em que elas se traduzem. Por esta razão, níveis baixos de litigiosidade não significam necessariamente baixa incidência de comportamentos injustamente lesivos.

[...]

Certos grupos sociais têm uma capacidade muito maior que outros para identificar os danos, avaliar sua injustiça e reagir contra ela. Quanto mais baixa é a capacidade de identificação, mais difícil se torna avaliar o significado sociológico da base da pirâmide.

[...]

Há naturalmente factores relativos à personalidade importantes neste domínio mas só operam em conjunto com os factores sociais, tais como a classe, o sexo, o nível de escolaridade, a etnia e a idade. **Os grupos sociais que ocupam nestas variáveis situações de maior vulnerabilidade são também aqueles em que tende a ser menor a capacidade para transformar a experiência da lesão em litígio**<sup>312</sup>.

Ainda que identificado o dano, seu autor e a violação de normas e ainda que o lesionado se veja como capaz de reclamar, o litígio só surgirá se a reclamação for realizada e for rejeitada pelo autor da lesão. Ainda neste caso, o acesso ao Judiciário só ocorrerá se o lesionado não se resignar com a rejeição à sua pretensão. Esta resignação é muito comum e pode ocorrer por várias razões. Santos menciona a hipótese em que “[...] o inconformismo pode envolver o risco de pôs globalmente em perigo uma relação que a outros níveis é benéfica par ao lesado<sup>313</sup>”. Trata-se de situação bastante comum na área do Direito do Trabalho, em que o trabalhador e a trabalhadora optam por resignar-se diante de inúmeras lesões em prol de manter a relação de emprego ou manter-se afastados das malfadadas “listas negras” elaboradas pelas empresas com intuito de não entabular pacto laboral com obreiros que tenham apresentado reclamação trabalhista.

Portanto, a atuação jurisdicional é muito reduzida quando considerados os conflitos sociais, conforme bem se constata pela visualização da pirâmide da litigiosidade. Como afirma Santos: “A atuação do tribunal é sem dúvida um momento crucial na história de vida de um litígio mas de modo nenhum esgota a compreensão deste em toda a sua riqueza e dimensão<sup>314</sup>”.

Ademais, a pirâmide de litígios considera como passíveis de chegar a seu topo apenas os conflitos sociais tutelados pelo ordenamento jurídico positivo e, como tal, desconsidera todos os

<sup>312</sup> Ibidem, pág. 45. Negritamos.

<sup>313</sup> Ibidem, pág. 46.

<sup>314</sup> Ibidem, pág. 49.

demais conflitos baseados nos direitos humanos vistos do prisma da teoria crítica, ou seja, como espaços de luta pela dignidade humana.

Há, portanto, um espaço de exterioridade na pirâmide do professor Boaventura de Sousa Santos. Este espaço não pode ser olvidado pelos atentos magistrados, conscientes de seu papel na globalização contra-hegemônica a que se propõem, máxime pelo grande número de vitimizados e vitimizadas que nele se encontram. Afinal, se os grupos sociais mais vulneráveis são os que têm maior dificuldade de acesso à tutela jurisdicional, não há dúvidas de que também têm menos reconhecimento de necessidades a serem tuteladas, por parte do Poder Legislativo e, como tal, menos direitos formalmente reconhecidos. Trata-se, no entanto, de terreno que reclama o caminhar cuidadoso, criativo e comprometido com a humanização de si próprios e de seus semelhantes.

Há uma limitação da atuação dos juízes como agentes de transformação social, tendo em vista que apenas parte dos litígios, em geral, e dos conflitos envolvendo direitos humanos, em particular, chegam a seus gabinetes e mesas de julgamento. Existe um potencial transformadora partir da prática emancipadora e crítica, porém deve ser considerado de maneira realista. A formação da consciência crítica e a compreensão dos direitos humanos em seu aspecto complexo são importantes para a prática jurisdicional emancipadora. No entanto, juízes não irão, sozinhos, transformar o mundo. Pensar assim, aliás, seria pensar de forma contrária a tudo que vem sendo desenvolvido no presente estudo.

Ainda assim, a compreensão da reduzida atuação jurisdicional diante dos conflitos que se colocam na sociedade revela a importante missão dos julgadores nas oportunidades em que são chamados a fazer valer os princípios da justiça social ao assegurar a observância à dignidade humana na aplicação do direito aos casos concretos.

Para alguns historiadores, a ação dos tribunais do trabalho impediu a formação de uma classe trabalhadora mais combativa no Brasil<sup>315</sup>. Em alguns casos, por vislumbrarem excesso de protecionismo, o que teria impedido amadurecimento das relações sindicais; em outros, por permitir

---

<sup>315</sup> GOMES, Ângela de Castro. *Cidadania e direitos do trabalho...*, pág. 62.

um aparente apaziguamento dos conflitos entre capital e trabalho, servindo como uma válvula de escape.

Em primeiro lugar, para a análise do papel do Poder Judiciário quanto à efetivação dos direitos humanos, faz-se necessária a recuperação da dimensão política destes direitos, reconhecendo-se em sua origem o conflito que subjaz em nossa sociedade. O direito não é neutro nem se origina em deuses ou na razão. O direito – e, como tal, os direitos humanos – é produto cultural, criação humana.

Na aplicação deste produto cultural, o Poder Judiciário deve tomar em consideração a origem da norma e sua relação com os conflitos a serem dirimidos. Não se pode olvidar, nos tempos em que vivemos, a estreita relação entre os direitos do trabalhador e a estrutura da organização sindical. Os sindicatos, conforme já analisado, foram sujeitados em nosso país a um extenso período de controle estatal e, a partir de 1988, foram libertados do jugo governamental para passar a atender aos ditames do capital neoliberalizado.

Alguns defendem o fim da unicidade sindical, outros sustentam outras soluções para o desenvolvimento de um sindicalismo adequado às necessidades dos trabalhadores e que permitam uma justa negociação coletiva. Não há dúvidas, portanto, de que a negociação de instrumentos normativos só poderá ocorrer de forma legítima e sem vícios quando houver adequação da estrutura sindical à atual realidade sócio-econômica, fato que não pode ser desconsiderado pelos juízes do trabalho.

A prática jurisdicional, assim, deve ser comprometida com a democracia e a emancipação humana, atenta aos contextos em que se travam os conflitos a ela submetidos e ciente dos limites e possibilidades de atuação.

## CONCLUSÕES

Na autobiografia em que se auto-intitula de “assassino econômico”, John Perkins afirma<sup>316</sup>:

O antigo traficante de escravos se convenciu de que estava lidando com uma espécie que não era inteiramente humana, e que estava oferecendo a ela a oportunidade de se tornar cristã. Também entendia que os escravos eram fundamentais à sobrevivência da própria sociedade, que eram a base da economia que representavam. O moderno traficante de escravos assegura às pessoas desesperadas que é melhor ganhar um dólar por dia do que nenhum dólar, e que elas estão recebendo a oportunidade de se integrar na ampla comunidade mundial.

Em sua analogia da atual situação dos trabalhadores, em especial dos países periféricos e semi-periféricos, com a dos escravos, torna mais fácil de visualizar a indignidade das relações impostas pelo capital em tempos de globalização predadora e genocida.

Não temos dúvidas quanto à indignidade da condição de escravo; não temos porque duvidar da indignidade da exigência de contínuas renúncias aos direitos conquistados tão arduamente pelos grupos por eles beneficiados.

O uso do discurso dos direitos humanos em contrariedade ao respeito à dignidade da pessoa humana já foi denunciado por Hinkelammert<sup>317</sup>. A compreensão dos direitos humanos e fundamentais no contexto em que se inserem é condição *sine qua non* para a apreensão de seu significado de forma a permitir a atuação jurisdicional adequada, no Estado democrático de direito.

Os direitos humanos são um produto cultural surgido como uma das formas de luta pela dignidade, na modernidade ocidental capitalista, refletindo a proposta do Ocidente de encaminhamento das atitudes e aptidões necessárias à uma vida digna no marco do contexto de relações impostas pelo modo de relação baseado no capital.

Há inúmeros entraves ideológicos à efetividade dos direitos humanos, em especial dos direitos econômicos, sociais e culturais, entre os quais, a suposta dicotomia entre direitos humanos e

<sup>316</sup> PERKINS, John. *Confissões de um Assassino Econômico*. São Paulo: Cultrix, 2005. pág. 213.

<sup>317</sup> Ver HINKELAMMERT, Franz J. “La inversion de los derechos humanos...”, pág. 79-114.



direitos fundamentais, a negação da qualidade de direitos humanos, de exigibilidade e justiciabilidade a estes direitos. Estes obstáculos ideológicos devem ser superados em busca de uma prática política, jurídica e jurisdicional emancipadoras.

A qualidade de direito fundamental assegurada pela inserção dos direitos humanos na Constituição da República não lhes retira as características e garantias inerentes aos direitos humanos, mas os reforça ao atribuir-lhes o *status* constitucional.

Sendo os direitos econômicos, sociais e culturais oriundos de processos de lutas semelhantes aos que motivaram o reconhecimento dos direitos civis e políticos, ainda que empreendidas por grupos sociais distintos, caracterizam-se como direitos humanos e, como tal, são exigíveis e justiciáveis.

Afinal, não se pode olvidar que tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, sociais e culturais demandam prestações positivas e negativas do Estado e que eventual regulamentação infraconstitucional não pode alterar o direito já assegurado no texto constitucional.

Na interpretação e aplicação do Direito do Trabalho, direito social por excelência, devemos ter em mente estas armadilhas ideológicas que importam em limitação da efetividade dos direitos humanos e fundamentais.

O Poder Judiciário tem a função institucional de assegurar o pleno respeito à Constituição da República, na qualidade de garantidor do Estado Democrático de Direito. A sociologia jurídica nos mostra as limitações fáticas de atuação do Poder Judiciário neste aspecto. As lides que lhe são apresentadas pouco representamno universo real de conflitos.

Nas oportunidades em que deve atuar, o Poder Judiciário deve observar os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que, na hipótese específica deste trabalho, a necessidade de respeito ao pacto político consubstanciado na Carta Constitucional e às obrigações decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, leva ao necessário reconhecimento da indisponibilidade de direitos humanos e fundamentais em negociações coletivas de trabalho.

Desta forma, a validade de qualquer acordo ou convenção coletiva de trabalho em que haja redução de direito humano ou fundamental fica sujeita, observada a teoria do conglobamento, à concessão de direitos outros que, no conjunto, representem ampliação das conquistas da categoria de trabalhadores afetada.

O direito é um fenômeno de superestrutura e, como tal, encontra-se sujeito a condições econômicas que o determinam e com as quais se inter-relaciona. É parte do todo. Da mesma forma, o Poder Judiciário encontra-se inserido num sistema mais amplo. Não pode, por si, determinar alterações profundas na estrutura social. Porém, tem a possibilidade de optar por uma postura de resistência em nome de uma prática emancipatória comprometida com a dignidade do ser humano, negando-se a atender irrestritamente às demandas dos interesses dominantes da esfera do capital.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2002. 254 págs.

ANTUNES, Ricardo L.C. *O que é sindicalismo*. São Paulo: Brasiliense, 1994. 82 págs.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005. 1318 págs.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004. 276 págs.

\_\_\_\_\_ e MASSONETTO, Luís Fernando. “Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico”. SANCHÉZ RÚBIO, David, HERRERA FLORES, Joaquín e CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. [págs. 505-524]

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 18ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992. trad. Carlos Nelson Coutinho. 217 págs.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 págs.

BOURDIEU, Pierre. *Poder, Derecho y Clases Sociales*. 2ª ed. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001. 232 págs.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, s.d. 1461 págs.

CASTELAR PINHEIRO, Armando (2002). *Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos Magistrados*. Dezembro de 2002, in: [http://www.febraban.org.br/Arquivo/Dezques/Armando\\_Castelar\\_Pinháro2.pdf](http://www.febraban.org.br/Arquivo/Dezques/Armando_Castelar_Pinháro2.pdf), acessado em 11 de dezembro de 2005, às 12h32min. 49 págs.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2002. 698 págs.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 29ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1989. 125 págs.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. 488 págs.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 2004. 1471 págs.

\_\_\_\_\_. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2004. 214 págs.

FARIA, José Eduardo. “A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação”. NALINI, José Renato (org.). *Formação Jurídica*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. págs. 13-20.

FARIÑAS DULCE, María José. *Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud postmoderna”*. Madri: Dykinson, 1997. 71 págs.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2004. tradução de Perfecto Andrés Ibáñez para os capítulos 1, 2 e 3 e de Andréa Greppi para os capítulos 4 e 5. 180 págs.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. *Direito do Trabalho na Era do Desemprego: instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação*. São Paulo: Ltr, 1999. 186 págs.

GALLARDO, Helio. *Derechos humanos como movimiento social*. Bogotá: Ediciones desde abajo, 2006. 126 págs.

GOMES, Ângela de Castro. *Cidadania e direitos do trabalho*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. 80 págs.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana, no Contexto da Globalização Econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: Ltr, 2005. 247 págs.

GRAMSCI, Antonio. “Caderno 12”. *Cadernos do Cárcere*. [volume II]. 3ª ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2000. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

GRAU, Eros Roberto. “Realismo e Utopia Constitucional”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (org.). *Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. págs. 133-144.

GRUPPI, Luciano. *O Conceito de Hegemonia em Gramsci*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1978. 143 págs.

HERRERA, Carlos Miguel. “Estado, constitución y derechos sociales”. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n.15, págs. 75-92, 2003.

HERRERA FLORES, Joaquín. “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”. HERRERA FLORES, Joaquín (ed.). *El Vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000. [págs. 19-78].

\_\_\_\_\_. *El Proceso Cultural: materiales para la creatividad humana*. Sevilla, Aconcagua Libros, 2005. 373 págs.

\_\_\_\_\_. *Los Derechos Humanos como Productos Culturales: Crítica del Humanismo Abstracto*. Madri, Los Libros de la Catarata, 2005. 296 págs.

\_\_\_\_\_. “Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales”. SANCHÉZ RÚBIO, David, HERRERA FLORES, Joaquín e CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. [págs. 21-101]

\_\_\_\_\_. *Los Derechos Humanos: una visión crítica*. In: <http://www.fiadh.org/inicio.htm>, acessado em 09 de janeiro de 2006, às 12h10min. 168 págs.

HINKELAMMERT, Franz J. “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”. HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.) *El Vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. [págs. 79-113]

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton & Cia, 1999. 255 págs.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. “El acceso a la judicatura em España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*. Madri, Consejo General Del Poder Judicial, 2001. [págs. 115-249]

LINDGREN ALVES, José Augusto “As Conferências Sociais da ONU e a Irracionalidade Contemporânea”. In: LINDGREN ALVES, José Augusto *et alli*. *Direito e Cidadania na Pós-Modernidade*. Piracicaba: Unimep, 2002. págs. 17-90.

MARANHÃO, Délio. “Fontes do Direito do Trabalho”. SÜSSEKIND, Arnaldo et alli. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18ª ed. atual. Vol. 1. São Paulo: Ltr, 1999. págs 157-176.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. 20ª ed. Livro I, vol. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 571 págs.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002. tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa. 119 págs.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à Filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002. 137 págs.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito e Filosofia Política: a Justiça é Possível*. São Paulo: Atlas, 2003. 136 págs.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 24ªed. Madri: Tecnos, 2003. 819 págs.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27ª ed. São Paulo: Ltr, 2001. 677 págs.

NEUMANN, Franz L. *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*. Milão: Società Editrice il Mulino, 1983. 438 págs.

PÉLISSIER, Jean, SUPIOT, Alain e JEAMMAUD, Antoine. *Droit du Travail*. 22ª ed, Paris: Dalloz, 2004. 1353 págs.

PEREIRA, Aloysio Ferraz. "Prefácio". MAMAN, Jeanette Antonios. *Fenomenologia Existencial do Direito: crítica ao pensamento jurídico brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. págs. 11-14.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005. 659 págs.

PERIS, Manuel. *Juez, Estado y Derechos Humanos*. Valencia, Fernando Torres, 1976. 230 págs.

PERKINS, John. *Confissões de um Assassino Econômico*. São Paulo: Cultrix, 2005. 272 págs.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002. 481 págs.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. 447 págs.

\_\_\_\_\_. “Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. págs. 233-261.

PIOVESAN, Flávia, GOTTI, Alessandra Passos e MARTINS, Janaína Senne. “A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. págs. 91-114.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. atual. São Paulo: Ltr, 2000. 453 págs.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos”. *Lua Nova: revista de cultura e política*. Nº 39, 1997, págs. 105-123.

SANTOS, Boaventura de Sousa *et alii*. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996. 766 págs.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. 493 págs.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 4ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 158 págs.

\_\_\_\_\_. “A Problemática dos Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. págs. 333-394.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 2ª reimp. Madri: Alianza, 1996. 377 págs.

SEN, Amartya. “Human Rights and Asian Values”. *The New Republic*. 14-21 de julho de 1997. in: <http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/sen.htm> acessado em 10 de dezembro de 2006, às 13h16min.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 270 págs.

SOARES, Tiago de Castilho. *Individualismo e Direito: condições simbólicas de eficácia dos direitos humanos*. Florianópolis: IDA, 2004. 105 págs.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (org.). *Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. págs. 119-131.

SÜSSEKIND, Arnaldo. “Indisponibilidade e Flexibilização de Direitos Trabalhistas”. SÜSSEKIND, Arnaldo et alli. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18ª ed. atual. Vol. 1. São Paulo: Ltr, 1999. págs. 208-237.

TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial e os direitos fundamentais”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, jul/set-1989. vol. 177. págs. 29-49.

WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2005. Tradução de Pietro Nasseti da versão inglesa de Talcott Parsons, Harvard University. 229 págs.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989. 152 págs.