



Constituição Dirigente e direitos sociais no mundo contemporâneo

José Affonso Dallegrave Neto¹

Sumário:

1. A força dos princípios e a proibição do retrocesso
2. Dignidade da pessoa humana
3. A tensão entre a Economia Neoliberal e a Constituição Social
4. Constituição social *versus* Economia Neoliberal
5. Constituição dirigente ou mitigada?
6. Em tom de conclusão

1. A força dos princípios e a proibição do retrocesso

Somente um sistema jurídico aberto, visto como uma rede hierarquizada de valores, princípios e regras, cuja função seja a de cumprir os objetivos fundamentais do Estado Constitucional de Direito, será capaz de descortinar a falsa pretensão de *neutralidade da norma* e se aproximar da justiça². O Direito há que ser permeável e sensível às demandas sociais e, por esta razão, aberto ao seu supremo catálogo axiológico (conjunto de normas, valores e princípios) que vincula não só os operadores jurídicos, mas toda a sociedade.

Ao contrário dos sistemas fechados, próprios do Positivismo do séc XIX, o atual regime brasileiro e português é do tipo aberto justamente porque possibilita a inserção de novos elementos dentro da ordem jurídica. Contudo, esta absorção dinâmica encontra limites nos próprios contornos da Constituição Federal. Com outras palavras: novas normas infraconstitucionais e internacionais poderão se somar, desde que não conflitem com os limites *formais* (regras de hierarquia, delegação e competência) e *materiais* da Constituição (regras de

¹ Advogado; Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná; Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa (FDUNL); Professor da PUC/PR e da Escola da Magistratura do Paraná; Membro da ABDT – Academia Brasileira de Direito do Trabalho e da JUTRA – Associação Luso-brasileira de Juristas do Trabalho.

² FREITAS, Juez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 40. Para este autor, sistema jurídico é a “rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”.



valores, princípios e conteúdo). Assim, cada vez que uma nova regra editada confronta com tais limites, será inconstitucional e, portanto, inválida³.

Nos sistemas do tipo aberto não apenas as regras jurídicas possuem eficácia, mas também os princípios fazem parte de sua expressão normativa. Para Robert Alexy, as regras são *mandados de definição* (válidas e aplicáveis ou inválidas e inaplicáveis) enquanto os princípios são *mandados de otimização* (que se realizam da forma mais ampla possível)⁴. Enquanto as regras se aplicam por subsunção aos fatos, sendo objetiva a sua incidência (sob a forma de *tudo ou nada*), os princípios indicam uma direção a seguir, através de um juízo de ponderação de valores⁵. Ambos, princípios e regras, têm densidade normativa, conectando o operador jurídico e inspirando o legislador⁶.

Hoje é sabido que a ordem jurídica é incompleta e inacabada, o que é perfeitamente compreensível se admitirmos que o Direito visa regular anseios dos integrantes da sociedade, os quais, por sua essência, são mutantes e mutáveis. O Direito deve acompanhar esta metamorfose dinâmica de valores, sob pena de a norma jurídica perder sua reflexividade e legitimidade.

No atual contexto pós-moderno, em que se esvaziam as utopias e se abdicam das referências sólidas, ao mesmo tempo em que se incrementam o relativismo e uma certa liberdade de interpretação da norma legal, o novo modelo neoconstitucionalista se apresenta como uma âncora ou norte interpretativo ao operador jurídico. Mais do que isto: neste tempo de múltiplos desejos de consumo, diversidade e caos (entropia), parece-nos primordial fincarmos os princípios e regras da Constituição como uma espécie de luz que alumia e aponta um norte

³ O mesmo vale para a nova concepção metodológica da relação jurídica processual, que reorganiza o processo com vistas à sua adaptação aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. É o Neoprocessualismo inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015, sob a influência do Neoconstitucionalismo, conforme dispõe o seu artigo primeiro. ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *O novo código de processo civil brasileiro: modelo de direito processual democrático*. In: Novo CPC e o processo do trabalho. Coordenadores: José Affonso Dallegrave Neto, Rodrigo Fortunato Goulart. 2ª. edição. São Paulo : LTr, 2016, pág. 15. A expressão formalismo-valorativo surgiu em aperfeiçoamento ao paradigma anterior, denominado *formalismo* ou *instrumentalismo*.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; 2ª. reimpressão: 1997, pág. 81.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (Pós-modernidade, teoria cótica e pós-positivismo)*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 225: 5-37, jul/set. 2001, pág. 36.

⁶ "Tais princípios funcionam, dentro do atual sistema jurídico aberto, como conexões axiológicas e teleológicas; de um lado a Constituição e de outro o ordenamento jurídico (e seu dado cultural)". In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio da obra de Teresa Negreiros: *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.



capaz de equacionar os conflitos de interesses. Sem a bússola constitucional, serão inevitáveis os efeitos deletérios e nocivos, com os fortes prevalecendo sobre os fracos, aproximando-nos dos regimes totalitários ou da hipocrisia que marcou a (suposta) “neutralidade” do discurso positivista do século passado.

Diante do que se disse, cabe uma pergunta: o que há de maior valor na Carta Constitucional brasileira (e também na portuguesa)? Duas coisas. A busca pela máxima efetividade dos direitos (humanos) fundamentais e a concretização do valor jurídico da dignidade da pessoa. Em face disso, o ministro Celso de Mello, quando de sua posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal⁷, fez questão de sublinhar a importância da proteção dos direitos essenciais do homem:

“Os juízes, em sua atuação institucional, não podem desconhecer a realidade insuprimível dos direitos essenciais da pessoa, trate-se de direitos de 1a., 2a. ou 3a. gerações. Em uma única palavra: o juiz é, e sempre deve ser, o instrumento da Constituição na defesa incondicional e na garantia efetiva dos direitos fundamentais da pessoa humana.”

Os direitos fundamentais contêm regras especiais de aplicação imediata, proteção progressiva e com *status* de Emenda Constitucional, conforme dispõem os três parágrafos do artigo quinto da Constituição Federal brasileira⁸. Um dos princípios que regem os direitos fundamentais é o da primazia da norma mais favorável à vítima, consoante enunciado geral de todas as Declarações de Direitos Humanos, inclusive da nossa Convenção Americana (Pacto de São José da Costa Rica). Da mesma forma, a Constituição da Organização Internacional do

⁷ Em sessão do dia 9 de abril de 1997.

⁸ Neste sentido reza a Constituição Federal, artigo 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. § 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”. Registre-se que do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, que promulgou a *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, constou: “O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição...”. Logo, temos aqui o primeiro exemplo de Tratado Internacional com status de Emenda Constitucional.



Trabalho (OIT) consagra o princípio que assegura melhor condição aos trabalhadores (*favor laboris*)⁹.

A nossa Carta da República vem na mesma sintonia de progressividade, ao dispor que os direitos nela expressos não excluem outros decorrentes do regime de princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹⁰. Diante disso, cabe relacionar alguns princípios cardeais adotados pela nossa Carta Republicana:

A) solidariedade e dignidade da pessoa humana; B) valorização do trabalho humano e da justiça social; C) não-discriminação; D) função social da propriedade e pleno emprego; E) meio ambiente ecologicamente equilibrado; F) melhor condição social ao trabalhador¹¹;

A Constituição de 1988 (também chamada de *Constituição Cidadã*) deixou clara a sua intenção de construir e aperfeiçoar um Estado de Direito, democrático e social. Tanto que o último princípio acima mencionado propugna pela evolução das condições sociais, ficando conhecido como *proibição do retrocesso social*.

O norte jurídico (do Estado Democrático de Direito) será sempre o de conferir progressiva condição social ao trabalhador e ao cidadão, como decorrência do princípio da máxima eficácia de todos os direitos fundamentais. Disto resulta que a ordem jurídica, além de primar pelo permanente desenvolvimento e concretização, não poderá suprimir ou restringir o núcleo essencial do direito fundamental, conforme se vê desta decisão do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia:

“É princípio basilar da nossa Constituição Federal a proteção dos direitos humanos, que, dentre outros princípios protetivos, alberga a *proibição do retrocesso social*. De acordo com este princípio, uma vez reconhecidos, os direitos fundamentais, dentre os quais se insere o direito ao trabalho justo, adequado e não prejudicial a vida e saúde do trabalhador e os direitos sociais laborais, não podem ser eles suprimidos ou diminuídos.” (RO n. 01278-07.2013.5.05.0102. DEJT: 18/07/2014)¹²

⁹ Art. 19, VIII, da Constituição da OIT: “Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que *asseguem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis* que as previstas pela convenção ou recomendação”.

¹⁰ Neste sentido dispõe o já mencionado parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal.

¹¹ Estes princípios relacionados se encontram previstos, respectivamente, nos seguintes artigos da Constituição Federal: 3º, I, e art. 1º, III; arts. 170 e 193; art. 3º, IV; art. 170, III e VIII; art. 225; art. 7º, caput.

¹² TRT 5ª R. RO n. 0001278-07.2013.5.05.0102. 2ª Turma. Rel. Graça Laranjeira. DEJT: 18/07/2014



Assim, se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, este se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania não podendo ser mais suprimido¹³.

2. Dignidade da pessoa humana

Pode-se conceituar esta epígrafe como a qualidade intrínseca de cada ser humano “que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade”¹⁴. Neste sentido, o conceito implica um complexo de garantias contra todo e qualquer ato de cunho degradante, de modo a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, promovendo sua participação nos destinos próprios “e da vida em comunhão com os demais seres humanos”¹⁵.

Respeitar a dignidade da pessoa é tratar o outro como eu gostaria de ser tratado, independentemente de interesse, condição ou circunstância, mas apenas porque assim merece ser considerado. O ser humano é antes um valor em si mesmo, “e não um meio para os fins dos outros”¹⁶. Pode-se dizer que a dignidade humana é o ponto de partida e de chegada de toda ordem jurídica. O seu núcleo material é composto de um *mínimo existencial*, termo que identifica a garantia física indispensável para uma vida digna, incluindo-se os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à renda mínima e o acesso à justiça¹⁷.

Além destes, há outros direitos assegurados que derivam da noção de patrimônio mínimo, a exemplo da lei que veda a penhora do único bem de família¹⁸ ou da jurisprudência do STF que atribui ao Estado a responsabilidade pelo fornecimento de medicamento essencial ou

¹³ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 420.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pág 60.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem. Ibidem*.

¹⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pág. 249.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (Pós-modernidade, teoria cótica e pós-positivismo)*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 225: 5-37, jul/set. 2001, pág. 31.

¹⁸ Lei 8009/90.



tratamento médico adequado¹⁹. Por outro lado, a *teoria da reserva do possível* atua como excludente desta responsabilidade em face dos limites da capacidade orçamentária do ente público. Vale dizer, a satisfação dos direitos fundamentais, ainda que dentro do mínimo existencial, esbarra nos limites da razoabilidade em relação ao que o cidadão pode esperar do Estado.

Segundo o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o reconhecimento da dignidade é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Este princípio se tornou emblemático no julgamento de uma esquisita prática do homem pós-moderno: o entretenimento a qualquer custo, a exemplo de lançamento de anões em discotecas noturnas. Nesse caso emblemático, o objetivo era entreter os clientes do estabelecimento situado em Morsang-sur-Orge, região metropolitana de Paris. O prefeito interditou a excêntrica atividade em que o anão, embalado pelo alto som da música, era arremessado de um lado a outro, como uma espécie de projétil vivo. Ao final, o Conselho de Estado, em 1995, decidiu “que o respeito à *dignidade da pessoa humana* é um dos componentes da ordem pública” (*le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public*).

Se durante todo o século passado lutou-se para impedir que o trabalho fosse reduzido a mera mercadoria, neste início do século XXI o objetivo é ainda maior: impedir que a própria pessoa do trabalhador seja reduzida à condição mercantil, justamente no momento em que as novas tecnologias e a exigência de intensificação dos ritmos das tarefas vêm precarizando o ambiente de trabalho, aumentando os riscos a ele inerentes e, por consequência, fomentando o número de acidentes e doenças ocupacionais²⁰.

O direito (legítimo, válido e reflexivo) não pode ignorar estas recentes demandas sociais, existenciais e ocupacionais. Se por um lado a sociedade avança, ao obter maior qualidade e prolongamento da vida, além de maior conforto por meio de novas ferramentas tecnológicas, de outro tem o ônus de investigar os novos riscos à saúde provenientes da fadiga

¹⁹ STF. ARE 738729 AgR, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJE 15/08/2013;

²⁰ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. GEMIGNANI, Daniel. *Meio ambiente de trabalho. precaução e prevenção. princípios norteadores de um novo padrão normativo*. Revista Fórum Trabalhista – RFT, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 147, jul/ago. 2012. Não por acaso o Brasil está entre os países do mundo com maior incidência de acidentes do trabalho, só perdendo para a China, Índia e Indonésia em números absolutos, segundo dados da OIT.



laboral ou doenças que afetam os (aproximadamente) 20 milhões de brasileiros que vivem abaixo da linha da pobreza, segundo Relatório da ONU²¹.

A noção de *solidarismo*, prevista na nossa Constituição, enaltece a dignidade humana e impõe à ordem econômica o princípio da função social da empresa e do primado do trabalho digno²². Logo, já passou da hora de a classe empresarial deixar de enxergar o trabalhador como mera peça de engrenagem, ou insumo de produção. É preciso vê-lo como gente de carne e osso, que respira, tem vida própria e merece tratamento digno. Não se ignore, a propósito, a *eficácia horizontal dos direitos sociais*, que estende aos empregadores o dever de observar os direitos fundamentais em relação aos seus empregados, assegurando, pois, uma coerência interna do ordenamento, em torno da dignidade humana, além de proteger o trabalhador do forte poder econômico, “por vezes mais perigoso do que o próprio Estado”, assinala Abrantes²³.

Importa lembrar que a evolução da tutela dos direitos de personalidade iniciou sua regulamentação apenas de forma casuística, ao tipificar alguns direitos específicos. Com o passar do tempo, e com a crescente necessidade de proteção da personalidade por intermédio de uma regra geral que englobasse todos os casos, adveio, na Alemanha, o direito geral de personalidade. No Brasil, esse enunciado amplo se encontra no primeiro artigo da nossa Carta Constitucional, ao posicionar o valor da *dignidade da pessoa humana* como fundamento do Estado Democrático de Direito, espreado para o campo das relações econômicas e de trabalho, conforme se vê da decisão do Tribunal Superior do Trabalho:

“Assédio moral. Configuração. Tratamento urbano e respeitoso é dever legal e contratual das partes no âmbito trabalhista. Excessos ao razoável, por parte do empregador, atentam contra a dignidade da pessoa humana, princípio assegurado no art. 1º, III, da Carta Magna e um dos pilares da República Federativa do Brasil”. (TST; AIRR 0000447-78.2014.5.02.0078; 3ª. Turma; Rel. Min. Alberto Bresciani; DEJT 11/04/2017; Pág. 1420).

²¹ Relatório divulgado em 10 de outubro de 2017 pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) e a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS).

²² O *solidarismo* decorre do art. 3º, I, e a *dignidade da pessoa humana* está prevista no art. 1º, III, ambos da Constituição Federal. A função social da empresa e a valorização do trabalho estão previstos no artigo 170 e inciso III, também da Constituição Federal.

²³ ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. pag. 227.



3. A tensão entre a Economia Neoliberal e a Constituição Social

Verifica-se hoje uma sensível tensão. De um lado temos uma Constituição Cidadã de feição social e solidária, de outro uma economia mergulhada na doutrina neoliberal que prioriza o lucro em detrimento da condição humana. Sobre essa visão ambivalente entre a ideologia econômica do mercado e a inclusão social da Carta democrática de 1988, registre-se o comentário atento de Sérgio Alves Gomes:

“Se, para o mercado, o que importa é o lucro, para a democracia o que há de mais importante são as *pessoas*. Por isso, busca a salvaguarda dos direitos humanos e fundamentais. É esta a compreensão que a hermenêutica constitucional quer construir. Por isso, ela não é neutra em face dos valores constitucionais. Ao contrário: busca contribuir com a concretização destes valores, no âmbito das relações sociais, a fim de que sejam estas balizadas pela justiça.”²⁴

Daqui se extrai a importância das lentes constitucionais que atestam uma ordem econômica fundamentada na livre-iniciativa, porém com limites na função social da propriedade e no respeito à dignidade da pessoa do trabalhador. Nas palavras do Ministro Luiz Edson Fachin: “a valorização da solidariedade traz a socialização do Direito, sendo que esse processo carrega em si a ideia de função social inerente à estrutura das instituições jurídicas”²⁵.

Por outro lado, observa-se que o mercado se sobrepõe a toda vida social, a qual fica sintetizada numa relação de custo/benefício, esvaziando o espaço para a reivindicação de direitos sociais, o que leva ao “enfraquecimento da cidadania”²⁶. No meio dessa tensão de valores encontra-se a comunidade legislada: o povo brasileiro. Será que nesta dialética histórica somos protagonistas ou meros coadjuvantes?

No perspicaz comentário de Häberle, a expressão “povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também “um elemento pluralista para a

²⁴ GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional. Um contributo à construção do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 348.

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 46.

²⁶ LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica política e direito. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 319.



interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão”²⁷.

A força normativa de uma Constituição tem como requisito não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também, nas palavras de Hesse, a incorporação do “estado espiritual de seu tempo”²⁸. Ocorre que na atual era pós-moderna, ao mesmo tempo em que nos deparamos com uma sociedade em transição de valores, costumes e anseios, verificamos uma espécie de ameaça e deboche à Constituição Cidadã, advindos dos neoliberais que pretendem impor a facilitação do capital especulativo, a supressão de direitos sociais e um novo modelo constitucional remendado e transfigurado. O povo, ao contrário, beneficia-se mais do modelo de Estado desenvolvimentista, o qual lhe assegura condições dignas, oportunidades iguais, cidadania e pleno emprego.

A legitimidade de poder, é sabido, só restará presente quando o Estado se voltar para os interesses da maioria e não apenas da classe mais abastada²⁹. É fato que o mundo contemporâneo foi afetado pela revolução da automação, a qual impactou os costumes, hábitos e valores da sociedade. O fenômeno cibernético também contribuiu decisivamente para catalisar o papel das redes sociais e da mídia sobre a sociedade de massa em dimensão global. Consoante observa Fábio Comparato, “o debate público é sempre falseado, pois são os órgãos de comunicação, e não os cidadãos, que propõem as grandes questões políticas ou econômicas a serem discutidas”³⁰.

Dito com outras palavras: o debate não se faz pelo povo, “mas perante o povo, como simples representação teatral”. Agrava-se a situação se considerarmos que os meios de comunicação são patrocinados pelas grandes corporações, mormente empresas e bancos

²⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 36.

²⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Título do original: *Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991, p. 20.

²⁹ Contudo, o que se vê são medidas públicas em sentido contrário ao apelo popular, a exemplo do fim das Bolsas de estudo; do Programa “Ciência sem Fronteiras”; do Financiamento Estudantil pelo Ministério da Educação (FIES), além do anunciado desmonte dos direitos previdenciários e da consumada Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17). Ao mesmo tempo que o governo Temer reduziu direitos sociais dos mais pobres, beneficiou os mais ricos quando lhe concedeu perdão de obrigações previdenciárias e ampliação do Programa de Refinanciamento de Dívidas Tributárias (REFIS).

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A democratização dos meios de comunicação de massa*. In: *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. Org: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, p. 158.



transnacionais; fato que explica a facilidade com que estas reformas sociais, ainda que prejudiciais ao povo, conseguem ser aprovadas com tanta facilidade. Exemplo disso foi a Reforma Trabalhista inspirada numa Cartilha elaborada pela Confederação Nacional da Indústria, intitulada “101 Propostas para Modernização Trabalhista”³¹, a qual cria e estimula as modalidades de trabalho precárias, como o contrato parcial, intermitente, autônomo e o teletrabalho sem previsão de pagamento de horas extras. Eis a estratégia neoliberal de *busca de consenso* por intermédio da infusão da notícia manipulada na mente dos receptores.

No plano internacional, cabe lembrar a influência das agências internacionais de consultorias de investimentos que, ao avaliarem a performance econômica de boa parte dos países, acabam por influenciar o destino dos investimentos sociais e, por conseguinte, a vontade dos eleitores³².

Diante destes fatores, verifica-se uma larga distância entre a vontade manipulada e a vontade real da maioria que anela do Estado a edição de eficientes normas-tarefas no intento de superação, dignidade e emancipação social. A propósito da implicação desse quadro conjuntural nas relações de trabalho, Francisco Rossal traz a seguinte análise:

“As conquistas sociais são duramente castigadas por uma ideologia que chama de competitividade e eficiência a tarefa de manter as margens de lucro a qualquer preço. Trata-se de um discurso muito bem montado, que é realizado sob a falsa aparência da evolução quando, na verdade, traz uma nova era de concentração de riqueza, retirando das classes sociais mais pobres em benefício dos mais ricos.”³³

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor algumas tarefas, transformando-se em *força ativa*, caso exista “a disposição de orientar a própria

³¹ Sobre o tema consultar o nosso: “*Reforma Trabalhista ponto a ponto*”. Coord: José Affonso Dallegrave Neto e Ernani Kajota. São Paulo: Editora LTr, 2018.

³² A maior agência de consultoria de investimentos, localizada em Nova York, Moody’s Investors Service, tem a petulância de classificar as nações através de um ranking de credibilidade financeira. O resultado dessas avaliações é político, vez que os julgamentos da agência podem custar bilhões de encargos adicionais aos países atingidos, isso sem falar na influência direta que exercem sobre a auto-estima das nações e seus destinos eleitorais. O *New York Times* chegou a anunciar: “o homem da Moody’s rege o mundo”, em sua edição de 27/02/95.

³³ ARAÚJO, Francisco Rossal de. *O direito do trabalho e o ser humano*. Revista LTr n. 62, São Paulo: Setembro/98, p. 1178. “Os operadores jurídicos, continuam apegados às velhas fórmulas de Direito patrimonial, não percebendo que essa nova realidade transforma o trabalho em um bem escasso e que sua distribuição não pode ser feita unicamente pelas leis do mercado”, complementa o magistrado.



conduta segundo a ordem nela estabelecida”, observa Hesse³⁴. Nesta conjuntura, resta saber se a manutenção do modelo de Constituição Dirigente, adotado pelo constituinte brasileiro de 1988, compõe mecanismo eficiente de concretude das garantias fundamentais. Será esta a sua missão diante das ameaças provenientes da hegemonia econômica neoliberal e o avassalador capitalismo de mercado total?

4. Constituição social *versus* Economia neoliberal

Nos últimos tempos, muitas vozes vêm sustentando que o pós-modernismo se revela “incompatível com o projeto da Constituição dirigente”, vez que “encarnaria uma visão totalitária”. Daniel Sarmento observa que, para esta corrente de pensamento, a Constituição deveria perder suas dimensões substantivas e ser concebida, preferencialmente, como um *estatuto meramente procedimental*³⁵.

Ora, não se pode esquecer que o modelo de Constituição dirigente nasceu para viabilizar as promessas do Estado Social (Welfare State), em especial a economia desenvolvimentista baseada na teoria de Keynes que defendia padrões a serem garantidos pelo governo: renda, saúde, habitação e educação para todos os cidadãos. Nesta dimensão de intervencionismo do Estado, os direitos sociais deixam de ser vistos como caridade do governo para constituírem direitos políticos³⁶.

Com a superveniência da *Grande Depressão* dos anos 1930 (oriunda da quebra da Bolsa de NY), a tese de que o bem-estar da sociedade surgiria da *mão invisível do mercado* restou substituída pela tese da *mão visível do Estado*. Com outras palavras: a teoria liberal de Adam Smith (1723 – 1790) foi sucedida pela teoria social de John Maynard Keynes (1883 – 1946). Dois economistas britânicos, de gerações diferentes e concepções opostas. Vamos aos fatos.

³⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Título do original: *Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991, p. 18 e 19.

³⁵ Neste sentido constatou: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006, p. 40-42.

³⁶ OPUSZKA, Paulo Ricardo. *Os fundamentos das relações jurídicas de trabalho: direito do trabalho, direito ao trabalho, regulação das relações laborais, possibilidades e limites*. In: *Direito do trabalho e efetividade*. OPUSZKA, Paulo Ricardo (organizador). Curitiba: CRV, 2017, pág. 32.



Durante a Primeira Guerra Mundial a economia norte-americana encontrava-se em pleno desenvolvimento, fato que restou incrementado após o seu término ante o aumento da exportação para os países europeus reconstruírem suas cidades e indústrias. Contudo, ao final da década de 1920 este cenário se alterou. As nações já reconstruídas deixaram de importar, ensejando o caos das empresas americanas, sobretudo aquelas que detinham ações na Bolsa de Nova Iorque. Milhões de americanos com investimento correram para vender suas ações, gerando a quebra da Bolsa (1929) e uma Grande Depressão que atingiu não só os EUA, mas todos os países que com eles mantinham relações comerciais. Em 1933, o então governo de Franklin Delano Roosevelt, influenciado pela teoria econômica de Keynes, implementou novo plano de controle de preços e produção, além de investir alto em obras de infraestrutura (*New Deal*). Foram medidas que combateram o desemprego e o caos econômico, restabelecendo o aquecimento da economia norte-americana já no início da década de 1940.

Nesse instante o mito liberal restou substituído pelo mito do desenvolvimento social. Os europeus seguiram a mesma receita, dando ensejo aos *Trinta Gloriosos* dos países desenvolvidos (1945 – 1973)³⁷. O estancamento destas décadas de prosperidade só iria ocorrer com o colapso internacional dos combustíveis e o consequente endividamento das nações que adotavam o modelo social. Refiro-me à crise mundial do petróleo, em 1973, provocada pelas nações árabes pertencentes à OPEP que decidiram manipular o preço e o fornecimento de petróleo para os EUA e potências europeias. Tratava-se, pois, de um ato de represália pelo apoio que esses países deram à Israel em relação ao conflito com alguns países árabes³⁸. A medida gerou severa recessão, atingindo não são os EUA e países europeus, mas todos que com eles tinham dependência econômica (caso do Brasil, México, Argentina, dentre outros)³⁹.

Ao sobrevir generalizado endividamento das nações afetadas, iniciou-se uma crise que pôs em xeque o próprio modelo de Estado Social. Aos poucos ganharam força as novas políticas

³⁷ Expressão alcunhada pelo economista francês Jean Fourastié (1907 – 1990). Os Trinta Gloriosos perdurou até a crise do petróleo em 1973.

³⁸ Trata-se da Guerra do Yom Kippur (“Dia do Perdão”), em 1973. Aproveitando o feriado religioso judaico, Egito e Síria atacaram Israel, mas foram, posteriormente, derrotados pelos israelenses que mantiveram sob seu domínio os territórios ocupados em 1967. A fim de pressionar os países ocidentais a reduzir seu apoio a Israel, a OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) provocou forte elevação dos preços do petróleo.

³⁹ Registre-se que a grande repercussão internacional se fez sentir, de forma quase imediata, nos países periféricos em crises de dívida externa, desvalorizações cambiais e ausência de investimentos estrangeiros. Nos países da América Latina, tais reflexos perduraram até meados da década de 1980 (considerada a ‘década



econômicas neoliberais, cujo ápice ocorreu no final da década de 1980. Pode-se dizer que os pioneiros na defesa do Neoliberalismo foram Milton Friedmann e Friedrich von Hayek, integrantes, respectivamente, da chamada *Escola de Chicago* e *de Viena*, sendo este o autor da obra “O caminho da servidão”, publicada em 1944. Neste livro foram introduzidos os motes da nova ideologia, com destaque para o Estado mínimo, lei de mercado sobrepondo-se à lei do Estado, submissão do social ao econômico, e ataque ao sindicalismo de combate. Os primeiros governos neoliberais foram o inglês, de Margareth Thatcher, em 1979, e o norte-americano de Ronald Reagan, em 1980. Após a queda do muro de Berlim, em 1989, a adesão ao modelo neoliberal foi intensa e geral⁴⁰.

No Brasil exsurgiu um quadro inusitado. De um lado tínhamos uma recém-promulgada Constituição Cidadã (de 5 de outubro de 1988), de outro uma crise econômica com inflação altíssima que levou o recém-eleito presidente Fernando Collor a buscar socorro financeiro ao FMI e ao Banco Mundial. Naquele momento, o Consenso de Washington (1989)⁴¹ impôs uma austera condição para liberar o empréstimo: *adotar medidas de redução do Estado*. Surge, então, o Plano Collor (1990 a 1992), adotando ortodoxa política econômica neoliberal. No meio do caminho havia, contudo, uma Constituição Dirigente de viés social. Eis o impasse retratado por Lênio Streck: lei social *versus* economia neoliberal:

“As políticas neoliberais são absolutamente antitéticas ao texto da Constituição brasileira. Enquanto o neoliberalismo aponta para desregulamentação, a Constituição aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivistas.”⁴²

perdida’). In: “A Crise do Petróleo”. Publicado no Portal da Universidade do Cotidiano. Redação, em 11/03/2016. Fonte: <https://universidadedocotidiano.catracalivre.com.br/o-que-foi/a-crise-do-petroleo/>

⁴⁰ Os países nórdicos, além do Canadá, Alemanha e França adotam modelos mais próximo do *Welfare State*. Também há quem diga que o governo Obama ressuscitou alguns itens da cartilha social de Keynes, a exemplo do popular plano de saúde *Obamacare*, o qual restou revogado no início do governo neoliberal de Donald Trump: “Câmara dos EUA revoga Obamacare e dá vitória apertada a Trump”. Matéria publicada no dia da revogação em 4/5/2017 no Portal UOL. Fonte: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2017/05/04/camara-dos-eua-revoga-obamacare-e-da-vitoria-apertada-a-trump.htm>

⁴¹ Conforme já mencionado, o *Consenso de Washington* foi uma recomendação internacional elaborada em 1989, que visava a propalar a conduta econômica neoliberal com a intenção de combater as crises e misérias dos países subdesenvolvidos, sobretudo os da América Latina. Sua elaboração ficou a cargo do economista norte-americano John Williamson. Fonte: mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/consenso-washington.htm

⁴² STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 116.



No limiar do século XXI continuou viva esta tensão, na medida em que a Constituição ainda vigente continua sendo vista como entrave ao funcionamento do mercado, freio da competitividade (dos agentes econômicos) e “obstáculo à expansão da economia”, observa José Eduardo Faria⁴³. A partir de então, o que se viu foi um verdadeiro caos, sobretudo pelo abuso na edição de Medidas Provisórias e de instrumentos de revisão constitucional mediante Emendas⁴⁴. Cada governante que chegava ao poder inseria um texto à sua imagem e semelhança, ao que Luís Roberto Barroso apelidou de *narcisismo constitucional*⁴⁵.

5. Constituição dirigente ou mitigada?

No plano doutrinário, quem melhor defendeu e descreveu os contornos da Constituição Dirigente foi o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho. Ocorre que quando Portugal passou a ter forte influência do Direito Comunitário, proveniente do Tribunal da União Europeia, Canotilho escreveu um texto reformulando parte de suas convicções⁴⁶. O professor da Universidade de Coimbra passou a sustentar que a ideia de “directividade constitucional” só teria sentido caso fosse inserida numa compreensão crítica, por ele denominada de “constitucionalismo moralmente reflexivo”⁴⁷.

A releitura de Canotilho incide no fato de o *dirigismo* repousar no dogma do Estado-soberano, materializado na *soberania constitucional*. Com o advento dos blocos regionais, sobretudo da União Europeia, as ordens jurídicas internas transformaram-se em ordens jurídicas

⁴³ In: Prefácio ao livro de Gisele Cittadino: *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, 4ª. Edição, Editora Lumen Juris, 2013.

⁴⁴ Conforme observa Marcello Cerqueira, a Constituição de 1988 não acrescentou novidade ao sistema de reforma constitucional praticado pelo direito brasileiro, permanecendo a uniconceptualidade da revisão ou mudança, cabendo ao Presidente a iniciativa de propor emendas, ampliando os limites circunstanciais ao poder de reforma, além de ampliar a abrangência das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). *Revisão, reforma constitucional e plebiscito*. CERQUEIRA, Marcello.: *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. Org: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, p. 135.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 53.

⁴⁶ Canotilho pronunciou-se inicialmente em artigo nominado: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*. In: *Revista dos Tribunais*, ano 4, n. 15, 1996. Posteriormente abordou novamente o tema no prefácio da 2ª ed. da obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

⁴⁷ Prefácio da 2ª ed. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. p. IX. Esta expressão (constitucionalismo reflexivo) foi feita a partir da concepção autopoietica de Luhmann, com o sentido de uma ordem jurídica que *reflita* o conjunto cada vez mais complexo de demandas da comunidade; que *dê respostas* dotadas de racionalidade aos anseios sociais.



parciais, tendo que se adequar “aos esquemas regulativos das novas *associações abertas de estados nacionais abertos*”⁴⁸.

Particularmente, penso que no Brasil é difícil falarmos em *superação do modelo constitucional dirigente*, ao se constatar que ainda não viabilizamos plenamente os postulados da Modernidade (sobretudo o da igualdade) tampouco concretizamos as promessas da Constituinte de 1988. O mesmo se diga em relação a nossa inserção no bloco regional do Mercosul, sendo frágil a comparação em relação à integração de Portugal na União Europeia⁴⁹. Sobre este aspecto, Lênio Streck é enfático:

“Quando Canotilho dá ênfase ao papel dos tratados, mostra exatamente sua preocupação com a questão europeia, onde tal surge como um paradoxo: ao mesmo tempo em que, no velho continente, a tese da Constituição dirigente e o papel do Estado nacional perdem importância, o conjunto normativo comunitário da União Europeia assume cada vez mais foros de *dirigismo jurídico-político*, como se fosse uma superconstituição.”⁵⁰

Desse modo, prossegue Streck, considerando as peculiaridades europeias e a diferença do viés *revolucionário* do texto constitucional português em relação ao viés *social* da Constituição brasileira, “é possível afirmar que continuam perfeitamente sustentáveis as teses relacionadas ao caráter dirigente e compromissário do texto constitucional brasileiro”⁵¹.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*, p. XII. Ainda, nas palavras de Canotilho, “a lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos quatro contratos globais: a) *contrato para as necessidades globais* – um remover das desigualdades; b) *contrato cultural* – tolerância e diálogo de culturas; c) *contrato democrático* – democracia como governo global; e, d) *contrato do planeta terra* – desenvolvimento sustentado. Ao atentar para esses vetores, a Constituição ficará menos densa, regulativa e estatizante; no entanto, o modelo subsistirá porque enriquecido pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, “pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação”. *Idem*. Pág. XXII.

⁴⁹ O recém-eleito governo Bolsonaro deixou claro que pretende se aproximar dos EUA. O seu ministro da Economia também disse que a Argentina (e, indiretamente, o Mercosul) não é prioridade comercial. Neste sentido é a notícia: <https://noticias.r7.com/economia/comercio-bilateral-com-argentinos-nao-e-prioridade-diz-paulo-guedes-30102018>

⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 114. O autor complementa sua idéia na página 115: “a globalização e suas conseqüências *pós-modernas* são, pois, uma realidade. Entretanto, isso não deve significar que Estados Nacionais como o Brasil, onde as promessas da modernidade continuam não cumpridas e onde o assim denominado *Welfare State* não passou de um simulacro, *não possa ter autonomia para construir políticas públicas aptas a realizar a justiça social e os desígnios do pacto constituinte de 1986-1988*”. Lênio informa na nota de rodapé n. 20 da página 114 dessa obra que em teledebate (Curitiba-Coimbra) realizado em 21/02/02, com a presença de inúmeros juristas do sul do país, Canotilho “deixou clara sua preocupação com a questão do *dirigismo* dos tratados, estranhando que os doutrinadores que antes criticavam a diretividade do texto constitucional, hoje pregam a diretividade dos textos internacionais”.

⁵¹ Registre-se, nesse sentido, a *redação original* (posteriormente alterada) do artigo 2º da Constituição da República Portuguesa de 1976: “A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania



Observa-se que a crítica de Gomes Canotilho não é propriamente dirigida à vinculação imediata das normas constitucionais, mas ao “alargamento não sustentável da sua força normativa direta”. Para ratificar sua tese, Canotilho aponta o exemplo da Constituição brasileira, nomeadamente o parágrafo primeiro do artigo quinto, que abrange, indiscriminadamente, todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive os direitos sociais⁵². É, pois, assinala Canotilho, “o velho problema da grandiloquência nas palavras e da fraqueza nos atos, na medida em que os constituintes aceitam, no momento fundacional, compromissos emancipatórios semanticamente formulados, mas não acreditam neles, nem tencionam levá-los à prática”⁵³. Nesta sua nova concepção, é preciso *limitar as cláusulas pétreas*, no tocante ao núcleo que identifica a *essência* da Constituição⁵⁴.

Quanto a esta tentativa de reduzir o “núcleo político”, que constitui a essência da Constituição, Lênio Streck mais uma vez discorda de Canotilho ao defender a permanência dos direitos sociais (igualmente fundamentais). Logo, diz o festejado jurista gaúcho, “parece razoável afirmar que a ideia da programaticidade da Constituição deve ser mantida, pela simples razão de que, sem a perspectiva dirigente-compromissária, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição”⁵⁵. E nesse duelo argumentativo Lênio tem razão. A propósito, invoque-se o lema da ONU e da OIT acerca da plenitude dos Direitos Humanos, ao afirmar que só há liberdade plena com igualdade de condições sociais, econômicas e culturais. Na observação de Magalhães e Lamounier, para que a pessoa possa exercer suas liberdades é necessário que elas disponham de meios, e estes meios são os direitos sociais e econômicos:

popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que *tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo* mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras.”

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. XIII/ XVI.

⁵³ Isso demonstra duas coisas: que é preciso parcimônia normativa quanto à positivação constitucional de imposições e, também, que é necessário manter a externalização das ações constitucionais tendentes à eficácia constitucional; para Canotilho, os institutos da inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção devem ser usados, não para deslegitimar governos e assembleias legislativas inertes, “mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a Constituição não cumprida”.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*, p. XVI/ XVII/XIX. Para o jurista português importa enfatizar a *identidade reflexiva* da Constituição, a qual resulta do binômio *núcleo de identidade* (conjunto de normas e princípios estruturais) e *desenvolvimento constitucional* (conjunto de formas de inovação quanto à compreensão dos princípios, das propostas interpretativas e do alargamento da disciplina para enfrentar novos problemas, a exemplo do *direito a identidade genética*).

⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, pág. 119.



“Não há liberdade na miséria. Outro aspecto fundamental destes direitos é a compreensão de que não pode haver hierarquia entre direitos individuais, sociais, políticos, econômicos e culturais uma vez que estes direitos são interdependentes e, logo, indivisíveis.”⁵⁶

Neste sentido cabe lembrar da velha e boa *Declaração de Filadélfia*, de 1944, relativa aos objetivos da OIT, e aos princípios nos quais se deveria inspirar a política (nacional e internacional) dos seus membros. Após afirmar que “só se pode estabelecer uma paz duradoura com base na justiça social”, a Conferência, em seu inciso II, afirma que:

- a) todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm o direito de efetuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais;
- b) A realização das condições que permitem atingir este resultado deve constituir o objetivo central de qualquer *política nacional e internacional*;

Em sentido contrário ao apontado pela ONU e OIT temos a perversa ideologia do mercado total, em que “governar pelas leis cede lugar à governança pelos números” na observação crítica de Alain Supiot⁵⁷. Nesta esteira, ainda que sob viés mais moderado, Canotilho censura a concepção ideológica que alguns autores dão à Constituição Dirigente, sustentando que ela é apenas *jurídica metodológica*. Assim, prossegue o professor de Coimbra, é preciso coibir as “fórmulas de narrativa emancipatória”, as quais “se traduzem em um paternalismo” que não acha lugar na ordem constitucional. Como exemplo, Canotilho cita novamente a Constituição do Brasil em seu artigo 8º, inciso I, que, ao pretender emancipar o movimento de classe operária, acaba proibindo o pluralismo sindical⁵⁸.

Os direitos sociais, de acordo com esta nova visão de Canotilho, devem ser recortados e inseridos em um catálogo constitucional, sem que a sua positivação seja interpretada como imposições constitucionais conformadoras de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais: “é problemático plasmar na Constituição a *gratuidade* do acesso a todos os graus de ensino”, não só porque isso pode enrijecer demasiadamente a política pública de ensino, mas também porque pode lançar a Constituição “nas querelas dos *limites do estado social* e da

⁵⁶ MAGALHAES, José Luiz Quadro; LAMOUNIER, Gabriela Maciel. *A internacionalização dos direitos humanos*. Revista Eletrônica Jus Vigilantibus, v. 1, p. sp, 2008.

⁵⁷ SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia. A justiça social diante do mercado total*. Traduzido por Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, pág. 70. Este professor do College de France chama de autismo da quantificação a gestão dos negócios públicos e privados, que se afasta da realidade da vida dos povos

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*, p. XVIII /XIX.



ingovernabilidade”⁵⁹. De maneira conclusiva, o Professor da Universidade de Coimbra arremata sua nova concepção de Constituição Dirigente, fazendo alusão aos seus efeitos mórbidos (tanáticos):

“A Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente, introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de *abertura* do direito constitucional ao *direito internacional* e aos direitos *supranacionais*.⁶⁰”

Para Lênio Streck a reformulação feita por Canotilho não se aplica ao e demais países de Terceiro Mundo:

“Entre a hoje clássica posição de Canotilho e a posição revisada, a toda evidência prefiro a primeira, mormente porque falo a partir da realidade de um país de terceiro mundo onde, por exemplo, sequer se cumpre o artigo 196 da Constituição, que clara e especificamente estabelece que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, e que a propriedade tem uma função social, ao mesmo tempo que 2% da população detêm 50% das terras do território nacional”⁶¹.

6. Em tom de conclusão

Não querendo contestar a reformulação de pensamento feita por Canotilho, tampouco apenas ratificar a crítica de Lênio Streck, a verdade é que o cenário português é muito diferente do nosso, seja na perspectiva da estabilização da economia, seja no poder aquisitivo dos trabalhadores, seja na efetividade e eficácia dos direitos fundamentais. Ainda que Portugal

⁵⁹ Canotilho. *Idem*, *ibidem*. p. XX e XXI. A Constituição deve fornecer as exigências mínimas – o complexo de direitos e liberdades definidores das cidadanias, pessoal, política e econômica e intocáveis pelas maiorias parlamentares – constituindo-se em “um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberalizações”. Em outros termos: é preciso substituir um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz, por outras fórmulas contratuais que efetivamente permitam completar o projeto de modernidade, como os casos de parcerias, subsidiariedade, neocorporativismo e delegação.

⁶⁰ Canotilho, acrescenta: “Numa época de cidadania múltipla e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de *linha Maginot* contra invasões agressivas dos direitos fundamentais”. *Idem*, p. XXIX.

⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, nota 423, p. 228. Em que pese a obra ser de 2000 e o texto de Canotilho por nós referido ser de 2001, cabe registrar que a crítica de Lênio refere-se ao mesmo texto se considerarmos que o Prefácio escrito em 2001 contém exatamente o mesmo teor do artigo antes referido “*Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo reflexivo*” escrito em 1996.



enfrente problemas de desemprego e de fragmentação das relações de trabalho⁶², sua condição é privilegiada quando comparada com a brasileira. Além disso, a Constituição portuguesa, tão criticada por Canotilho, encerra um viés revolucionário diferente do viés (apenas) social da Carta brasileira.

Uma última reflexão para o debate acerca da evolução do Direito e da força da Constituição Federal merece ser sublinhada à luz da nova cultura pós-moderna que se apresenta avessa a qualquer verdade sólida ou dogmatismo metafísico. O atual Neoconstitucionalismo que reforça a força normativa da Constituição acaba se convertendo no último bastião ou âncora de sustentação dos direitos fundamentais. Por via oblíqua, este neoconstitucionalismo constitui o fundamento último para a compreensão do poder e das relações. Logo, pode-se dizer que hoje a Constituição faz o papel da metafísica capaz de organizar e juridicizar os plúrimos e difusos valores da sociedade, além de atestar a ilação de que não existe sociedade niilista como sustenta boa parte do pensamento pós-moderno, a exemplo de Derrida influenciado por Nietzsche.

Particularmente, penso que sempre haverá uma metafísica teológica ou ontológica, científica ou constitucional. O que varia no tempo é a intensidade e o modo de apresentá-la em cada momento histórico. A propósito, Luis Roberto Barroso observa que outras vias de institucionalização do poder, praticadas ao longo da história, não se provaram mais atraentes: “O marxismo-leninismo colocava no centro do sistema, não a Constituição, mas o Partido. O militarismo anti-comunista gravitava em torno das Forças Armadas. O fundamentalismo islâmico tem como peça central o Corão. Nenhuma dessas propostas foi mais bem sucedida”⁶³. Ao final, Barroso arremata:

“A crença na Constituição e no constitucionalismo não deixa de ser uma espécie de fé: exige que se acredite em coisas que não são direta e imediatamente apreendidas pelos sentidos. Como nas religiões semíticas – judaísmo, cristianismo e islamismo –, tem seu marco zero, seus profetas e acena com o paraíso: vida civilizada, justiça e talvez até felicidade”⁶⁴

⁶² Sobre o tema consultar a obra da jurista lusitana REDINHA, Maria Regina Gomes. *A relação laboral fragmentada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (Pós-modernidade, teoria cótica e pós-positivismo)*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 225: 5-37, jul/set. 2001, pág. 131.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Idem*. pág. 12. “Nesses tempos de tantas variações esotéricas, se lhe fosse dada a escolha, provavelmente substituiria a Constituição por um mapa astral”, arremata Barroso.



A atual e incipiente cultura pós-moderna, em sua dimensão globalizada, múltipla e fragmentada, carece de um modelo jurídico aberto e permeável às incessantes migrações e inovações (tecnológicas e de comportamento). Mais que isto: um sistema que tenha interlocução com o mundo e cooperação internacional, não se olvidando que o cosmopolitismo aberto (em detrimento do nacionalismo hermético) rege (ou deveria reger) o planeta em intensidade cada vez maior⁶⁵. O atual modelo de Constituição Dirigente ainda é o que melhor se apresenta para atuar como uma espécie de bússola ou arrimo diante desta plethora de interesses e valores difusos; não apenas para conferir segurança jurídica, mas, sobretudo, para apresentar um catálogo axiológico vinculante de normas, princípios e mecanismos de concretude e efetividade de seu compromissos. Do contrário prevalecerá a pujança da ideologia neoliberal de mercado (egoísta e elitista); uma espécie de braços de Mike Tyson na expressão de Luís Fernando Veríssimo:

“Na recente reunião dos sete de ouro para tratar do custo social da nova ordem econômica, os países mais ricos do mundo chegaram a uma conclusão sobre como combater o desemprego. Surpresa! Deve-se continuar enfatizando e receitando aos pobres austeridade fiscal sobre qualquer política de desenvolvimento e pedindo ao trabalhador que coopere trocando a proteção social que tem pela possibilidade de mais empregos. Algo como continuar batendo no supercílio que já está sangrando. Chama-se isso não de cruel ou chantagem, mas de *flexibilização do mercado de trabalho*. Podia se chamar de Maria Helena, não faria diferença — o neoliberalismo triunfante conquistou o direito de pôr os rótulos que quiser nos seus bíceps. Quem chama a volta do capitalismo do século dezenove de “modernidade” e consegue vendê-lo merece o privilégio”⁶⁶

⁶⁵ Neste sentido é a Convenção de Auxílio Judicial Mútuo da União Europeia, o artigo 4º, inciso IX da nossa Constituição Federal e, no campo do processo judicial, os artigos 26 e seguintes do Código de Processo Civil. Art. 4º da Constituição: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”. Art. 26 do CPC/15: Art. 26: A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados; III - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados; IV - a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; V - a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; VI - a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação; VII - a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras. VIII - a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras. § 1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática.

⁶⁶ VERISSIMO, Luis Fernando. *Os braços de Mike Tyson*. Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, coluna Opinião, set. 1996, p. 9.



ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO

Conforme observa Ricardo Tadeu da Fonseca, ao longo do século XIX evidenciou-se insuficiente a construção meramente individualista dos direitos fundamentais. Não há liberdade para aquele que não dispõe de recursos mínimos, daí a importância dos direitos sociais e das prestações positivas do Estado, enaltecidas nas Constituições do tipo Dirigente⁶⁷. O cenário de desigualdade e de ausência de emancipação social não se modificou a ponto de prescindirmos do estatuto compromissário e programático que prestigia a concretude das garantias fundamentais, nelas incluídas os direitos sociais.

Curitiba, 26 de março de 2019.

⁶⁷ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência. Lapidação dos Direitos Humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006, pág. 60.