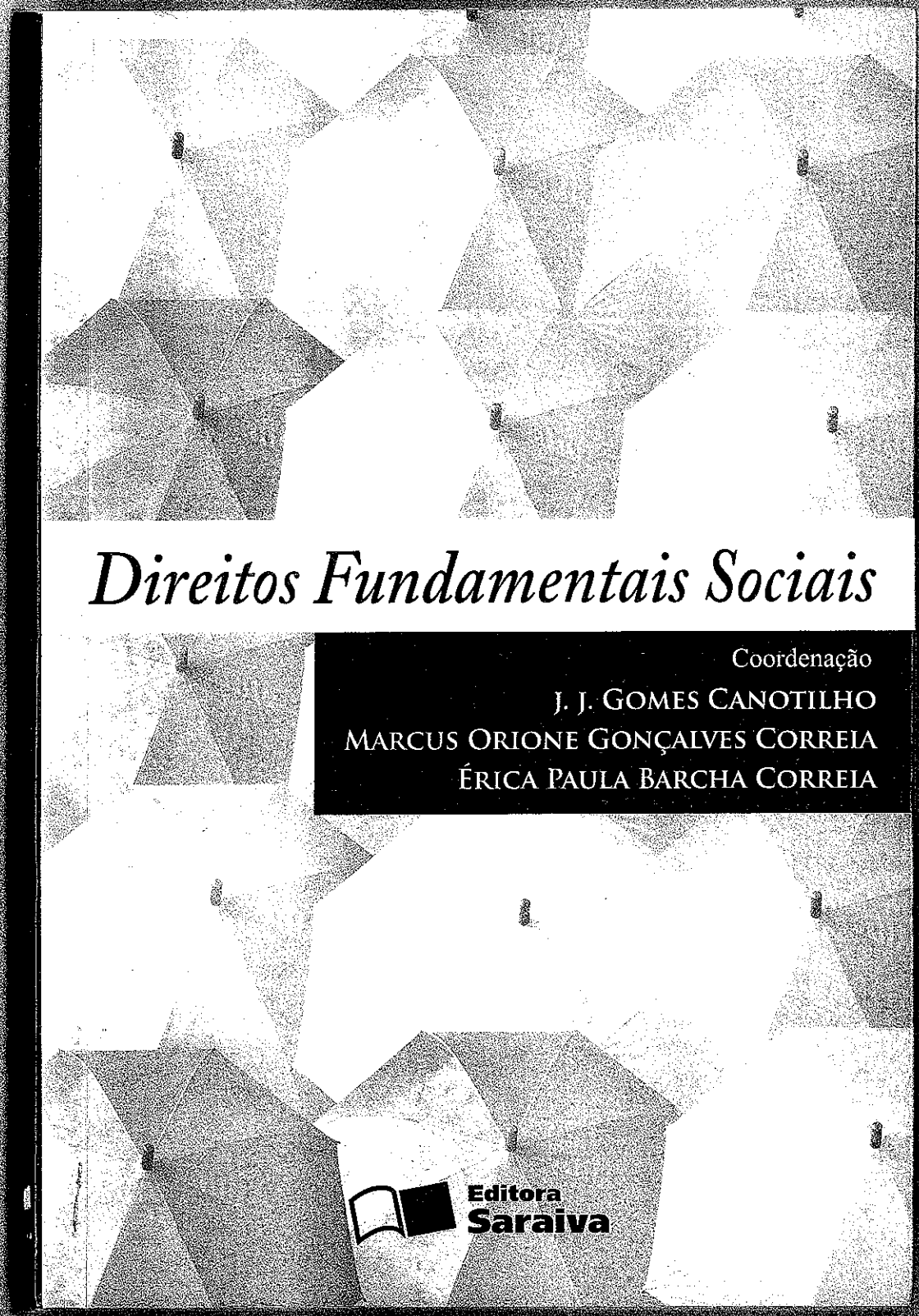


Direitos Fundamentais Sociais

Coordenação
J. J. GOMES CANOTILHO
MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA
ÉRICA PAULA BARCHA CORREIA

Editora Saraiva

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesso: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus
BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador
BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru
CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza
DISTRITO FEDERAL
SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília
GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia
MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande
MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte
PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém
PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba
PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife
RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto
RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro
RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre
SÃO PAULO
Av. Antártica, 92 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-09034-7

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direitos fundamentais sociais / J. J. Gomes Canotilho, Carlos Blanco de Morais [et al.] coordenadores J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Erica Paula Barcha Correia. — São Paulo : Saraiva, 2010.

Outros autores: Erica Paula Barcha Correia, Flávia Piovesan, Ingo Wolfgang Sarlet, Marcus Orione Gonçalves Correia, Walter Claudius Rothenburg

1. Direitos fundamentais 2. Direitos sociais I. Canotilho, J. J. Gomes. II. Correia, Erica Paula Barcha. III. Piovesan, Flávia. IV. Sarlet, Ingo Wolfgang. V. Correia, Marcus Orione Gonçalves. VI. Rothenburg, Claudius [et al].

09-11113 CDU-347.121

Índice para catálogo sistemático:
1. Direitos fundamentais sociais 347.121

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto
Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia
Assistente editorial Rosana Simone Silva
Produção editorial Ligia Alves
Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Maria Lúcia de Oliveira Godoy
Camilla Bazzoni de Medeiros
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas
Mônica Landi
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati
Rita de Cássia S. Pereira
Serviços editoriais Ana Paula Mazzoco
Elaine Cristina da Silva
Capa Ana Dobón

Data de fechamento da edição: 6-4-2010

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, SOLIDARIEDADE E CONSCIÊNCIA DE CLASSE

Marcus Orione Gonçalves Correia*

I — Introdução

Temos, há algum tempo, tentado realizar uma interpretação dos direitos sociais a partir de uma hermenêutica constitucional[1]. É claro que, no nosso caso particular, por termos uma atuação direta com os direitos sociais no nosso dia a dia, a discussão não se dá apenas em tese, mas essencialmente a partir da práxis desses direitos. Sentimo-nos, pois, aptos a realizar tanto uma discussão filosófica quanto procedimental em relação aos direitos sociais — na medida em que vivenciamos o seu exercício diário[2].

Essa constatação se faz importante, uma vez que temos entendido, cada vez mais, que as duas óticas são indispensáveis para a percepção dos

* Doutor e Livre-docente. Professor Associado da Faculdade do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social e da área de concentração da Pós-Graduação em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Escola Paulista de Direito Social. Juiz da 1ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo.

[1] Assim temos feito em várias de nossas obras e participação em obras coletivas. Veja-se, por exemplo: CORREIA, Érica Paula Barcha e CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de direito da seguridade social*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008; CORREIA, Érica Paula Barcha e CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (org.). *Direito previdenciário e constituição*. São Paulo: LTr, 2004; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (org.). *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. V. I.

[2] Aqui é interessante levantar algumas considerações tecidas por Karl Marx. Neste, a importância de se aliar a práxis ao pensamento filosófico é uma constante. A respeito, por exemplo, "resumidamente, é impossível extinguir a Filosofia sem a realizar" (In *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Martin Claret, p. 51). Ou ainda: "Assim, como antagonista decidida da anterior configuração da consciência política alemã, a crítica da filosófica especulativa do direito não se perde em si mesma, mas leva a tarefas que só podem ser resolvidas por um único meio: a atividade prática" (Ibidem, p. 52). E mais adiante: "Mas a própria teoria torna-se, da mesma forma uma força material quando se apodera das massas" (Ibidem, p. 53). E também: "A teoria só se concretiza num povo na medida em que é realização das suas necessidades" (Ibidem, p. 54). Concluindo: "Agora iremos à síntese dos resultados: a emancipação dos alemães só é possível na prática se adotar o ponto de vista da teoria, segundo a qual o homem é para o homem o ser supremo" (Ibidem, p. 59).

fenômenos da interpretação e aplicação do direito social. Há a necessidade, contra a qual não se pode lutar, de que a interpretação se processe a partir de uma postura filosófica do hermeneuta. Assim, o intérprete deve-se postar criticamente e conhecer de forma clara a posição que ocupa no ato de interpretar[3]. Logo, a interpretação, já de início, insere-se na perspectiva científica, até mesmo porque conduz às indagações metodológicas de sua efetivação.

Para a consolidação do direito como ciência, no entanto, é indispensável a dimensão da práxis. Curiosamente, ciências como o direito somente se realizam à medida que são instrumentalizadas. Portanto, o direito como instrumento é elemento apriorístico para a consolidação do direito como ciência. A instrumentalização do direito é condicionante e condicionada na ciência jurídica. É interessante perceber que, antes de proceder à sua instrumentalização, o cientista deve saber quais os pressupostos metodológicos que conduzem a interpretação.

Mal concluindo: somente há ciência no direito onde há o estudo de sua complexa dinâmica da interpretação. Existe, pois, um pressuposto filosófico na hermenêutica do direito que é constantemente afetado pela práxis dos instrumentais jurídicos. Este, por seu turno, não é imutável, já que deixa, com a práxis, de ser o mesmo que era antes para se transformar constantemente em um novo pressuposto. Em síntese, a práxis atingindo a teoria e a teoria sendo refeita pela práxis como única dimensão científica do direito, que somente pode ser decodificada na ciência hermenêutica. Por seu turno, a aplicação, em si, não teria, aparentemente, uma dimensão científica na medida em que é práxis. Esta frase posta de forma precipitada, porém, conduziria à impressão de que, no ato prático do direito, não haveria qualquer dimensão de ciência. Não obstante, a aplicação já vem carregada da dimensão científica, previamente estabelecida pela filosofia que informa a construção científica da hermenêutica; passa, portanto, a ser também ciência, já que forma, informa e reforma a concepção do cientista da interpretação. A única preocupação que poderíamos aparentemente ter é a de que, para ser ciência, o direito é recebido essencialmente a partir da visão do homem que processa a leitura do direito. No entanto, o prestígio ao posicionamento do hermeneuta é fundamental para se entender a hermenêutica. Do contrário, a ciência extrairia da sua concepção o homem e o seu posicionamento diante do objeto de sua compreensão, transformando a equação em algo alheio ao próprio homem. A ciência, no nosso entender, somente tem razão se for construída a partir de um olhar do homem. Busca-se, com isso, a fuga de uma concepção positivista, tida como científica. E o homem seria desconsiderado na própria consolidação, que é antes de tudo filosófica, da ciência. O mesmo se dá com a ciência do direito. O direito não pode ser consolidado cientificamente a não ser a partir do olhar de seu intérprete.

O cientista que concebe uma construção para o direito sem a sua dimensão de práxis acaba por construir um castelo de areia, que será, ainda que em um dia distante, destruído pelas forças não da natureza, mas da vivência social. Terá produzido uma bela obra científica *in fiere*, mas não terá produzido uma obra para a humanidade, e, sim, uma obra para si mesmo (e para alguns, e às vezes muitos, seguidores).

Em relação aos direitos sociais, isso é muito comum. A produção de uma quantidade de textos científicos remonta a uma leitura em tese dessa realidade — sendo que, algumas vezes, insiste em não fazê-la parecer. Esquecem-se, no entanto, tais "cientistas" que os direitos sociais lidam com a situação imediata de vários seres humanos invisibilizados pela ação de uma construção hermenêutica que se estende no tempo. O problema básico da ciência que envolve os direitos sociais implica a práxis acima de tudo[4], considerando-se não como objeto de estudo, mas como cerne da

[3] No que diz respeito à complexidade do ato de interpretação, sugerimos a leitura de Hans-Georg Gadamer, na obra *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2002.

[4] Não se fala aqui da insuficiente construção empirista. Aliás, a utilização do método conhecido como materialismo histórico representa uma superação — e que superação! — do que foi pretendido pelos empiristas. Diga-se de passagem que mesmo no caso do idealismo alemão, dado que nos interessa, já se percebe a insuficiência do empirismo. A respeito: "Os empiristas ingleses haviam demonstrado que nem sequer um único conceito ou lei da razão poderia aspirar à universalidade, e que a unidade da razão era apenas uma unidade conferida pelo hábito ou pelo costume, unidade que aderia aos fatos sem jamais os governar. Segundo os idealistas alemães, este ataque comprometia quaisquer esforços que se fizessem no sentido de impor ordem às formas estabelecidas de vida. A unidade e a universalidade não podiam ser encontradas na realidade empírica; não eram fatos. Além disso, a própria estrutura da realidade empírica parecia confirmar a hipótese de que elas nunca poderiam ser derivadas dos fatos. Se o homem, pois, não conseguisse criar a unidade e a universalidade por meio de sua razão autônoma, contrariando embora os fatos, teria de expor não somente sua existência intelectual, como também sua existência material, às pressões e processos desordenados, do tipo de vida empírica dominante. O problema não era pois um problema meramente filosófico, mas ligava-se ao destino histórico da humanidade. (...) O empirismo, por limitar a natureza humana ao conhecimento do 'dado', liquidava com o desejo de transcender e, pois, com o desespero que ele pudesse suscitar. 'Pois é certo que a desesperança causa em nós quase o mesmo efeito da felicidade, e que tão depressa nos acostumemos com a impossibilidade de satisfazer a um desejo, e o próprio

investigação o homem mais fragilizado na sua essência. A natureza existencial dos direitos previdenciários ou trabalhistas, por exemplo, deve invadir o intérprete de forma visceral a ponto de que ele, em geral alguém de uma classe mais abastarda quando se trata de realizar a equação do direito, transforme o seu olhar a partir daquele que ele não é: o postulante desse direito social. Essa práxis é a única transformadora da filosofia dos direitos sociais. A única que pode condicioná-los e ser sua condicionante no sentido transformador que buscamos dar à dimensão científica que o direito pode assumir. Caso contrário, o processo será sempre de naturalização da fragilidade do detentor de direitos sociais. Essencialmente no espaço da ciência é que o direito poderá ultrapassar alguns de seus limites, inerentes à lógica da superestrutura na qual está inserido. Mais adiante nos ocuparemos melhor de tal questão.

II — Vícios de interpretação em matéria de direitos sociais

A interpretação em matéria de direitos sociais pode ser traduzida em uma das mais difíceis missões a serem realizadas na ciência jurídica.

Há uma intrincada equação a ser destrinchada. O direito é tocado pela realidade na sua perspectiva hermenêutica, mas, ao mesmo tempo, não pode ser totalmente subserviente, a partir de seus propósitos, a alguns aspectos espúrios desta. No que diz respeito ao ato de conhecimento que tende à justiça, e a seu discurso ínsito da igualdade, deve-se apreender os fatos sociais e deles extrair seu vigor no ato de interpretação/aplicação. Logo, a equação inicial da lei é tida como decorrente de uma expressão de igualdade, externada na lógica democrática de que, advindo da escolha do legislativo, produzirá a lei. O legislativo, poder que confecciona a norma, seria fruto supostamente da igualdade entre os homens, que, em uma perspectiva de sufrágio universal, ricos ou pobres, escolhem os representantes. Aqueles mesmos representantes que farão supostamente a igualdade na lei produzida, a partir do *munus* que lhes foi conferido.

desejo desaparece. Quando percebemos que atingimos os últimos limites da razão humana, cruzamos os braços, satisfeitos'. Os idealistas alemães consideravam aquela filosofia a expressão da renúncia à razão. Para eles, atribuir a existência das ideias gerais à força do hábito, ou derivar de mecanismos psicológicos os princípios pelos quais se apreende a realidade, era o mesmo que negar a verdade e a razão" (In MARCUSE, Herbert. *Razão e revolução — Hegel e o advento da teoria social.* Tradução Marília Barroso. 5ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 27, 28 e 29).

Por sua vez, o intérprete da norma produzida por processo democrático deverá realizar escolhas em que, percebendo a realidade em que se encontra, devolverá a norma sempre à constante democrática da igualdade. É óbvio que, para que isso ocorra, não se pode pensar em um intérprete único da norma, no caso, o juiz. Essa equação processa-se já na própria sociedade quando alguém, descontente com a generalização da norma (que pode reverter contra a igualdade — mormente em uma sociedade como a atual), busque, para o seu caso concreto, o seu dimensionamento, a fim de evitar a injustiça. Esse agente não estaria, em tese, apoderando-se, para fins individuais, de uma norma de natureza generalizante. Ele estaria, isso sim, corrigindo a distorção generalizante. Não estamos aqui falando de situações individuais que pervertam o interesse coletivo — isso jamais deve ser respaldado pelo direito. Nesse caso, a interpretação começa no senso de injustiça de determinada solução para a sua hipótese por parte do mais simples dos destinatários das normas. Logo, o ato de interpretar é ato entregue, democraticamente, a todos. No entanto, para que todos possam efetivá-lo com plenitude, é indispensável que se ultrapassem problemas de conhecimento e acesso à ordem jurídica justa.

Nesse compasso, o direito deve extrair da realidade dos homens a sua força. O direito, como expressão do poder, deve espelhar a força que habita no mais simples dos homens que habitam o ambiente democrático. É claro que aqui já temos problemas, hoje quase intransponíveis e que, muitas vezes, colocam-nos em dúvida sobre a possibilidade de o direito vir a ser efetivamente expressão do poder popular — e não instrumento de contenção desse poder. Aliás, temos certeza de que, caso não seja ultrapassado esse empecilho, nada do que foi dito tem razão de ser. Portanto, na estrutura social de hoje — e com os problemas vividos pela democracia na sua expressão burguesa —, devemos confessar que muito do que falamos está ainda longe de ser alcançado — ou, pelo menos, totalmente alcançado. No entanto, a despeito disso, cremos que vale o esforço (ainda que seja em uma perspectiva tática).

Por outro lado, se há dificuldades da superação deste primeiro embate realidade/direito, há outro, correlato e tão ou mais difícil de ser superado: o da relação subserviente do direito aos padrões de poder que subjugam o seu código, pervertendo-o em seu favor. Assim, não é incomum realizar-se a permeabilização do direito à realidade quando isso interessa a grupos de poder mais expressivos. Em direitos sociais, isso é muito comum. Não são poucas as vezes em que se diminui a força que tende à

igualdade do direito do trabalho a partir da realidade econômica e da flexibilização. Quando o direito do trabalho busca a igualdade jurídica como forma de compensar a desigualdade econômica é comum que os fatos econômicos, para além da relação instaurada, sejam trazidos à tona para inviabilizar a igualdade mencionada como pressuposto científico do direito do trabalho. Ora, estamos, aqui, diante da constatação da suficiência da noção pretendida pelo direito do trabalho de se estabelecer igualdades, querendo fazer acreditar que isso vai dar-se internamente na relação jurídica estabelecida contratualmente, que esta vai ser equilibrada de forma justa, a despeito das injustiças que a antecedem que não dão plena liberdade ao trabalhador para não realizar o contrato de trabalho. A admissão da flexibilização é o acolhimento de que o direito do trabalho não se sustenta na lógica da igualdade interna entre os sujeitos contratantes, necessitando de elementos externos (de estrutura, de dominação econômica) para completá-lo. Aliás, nesse ponto, resta claro que a adoção desse tipo de discurso remete mesmo à falência científica desse ramo do direito. Quanto mais se busca a igualdade na perspectiva interna, pouco se ocupando de fatos econômicos externos, mais justiça será obtida. Ora, neste exemplo, a mera utilização das equações do direito inviabilizaria a maior exploração — embora, ainda assim, não inviabilize a mais-valia. Perceba-se que o direito, nesse caso, não se curvando à economia, ou melhor, dela se distanciando, mais cumpriria a sua missão de efetivamente promover a igualdade. Portanto, é fácil constatar que o direito fica ou não permeável à realidade, na mesma proporção em que isso mais interessa a determinados centros espúrios de poder.

Percebe-se, assim, que, para o direito dialogar verdadeiramente com a realidade, ele, antes, precisaria estabelecer uma conversa com os polos opostos do poder. No entanto, não dialoga com a realidade dos mais carentes economicamente, já que estes também são, na sociedade, os carentes de poder. Dialoga demais com a realidade dos poderosos, já que estes acabam por ditar o sentido que pretendem que o mundo assuma. Logo, submetendo-se a um jogo de poder, a efetividade do direito está na efetividade dos grupos, mais ou menos favorecidos, em usar do poder. Logo, a crítica ao direito não se insere, *ab initio*, no interior do próprio direito, mas essencialmente no poder e, portanto, na política.

Não há como se ultrapassar tudo isso com mera técnica, mais ou menos sofisticada, de interpretação/aplicação do direito de forma a atender o interesse dos menos poderosos — que demanda mesmo a própria

reversão do quadro do poder. Explico. Para interpretar, o mais simples dos intérpretes do direito — o homem comum, o seu grande destinatário — deve apoderar-se da realidade quase intransponível, para ele, do direito. Deixando este de ser o legítimo intérprete do direito no mais das vezes, a equação jurídica continua a ser construída essencialmente, apenas ou em grande parte, pelos que produziram esse signo cultural de sua dominação. Portanto, mesmo na interpretação, continuam a emitir sinais que são próprios aos seus interesses. O intérprete final, o Judiciário ou os outros centros legitimados a tanto por determinados estados (árbitros, negociadores e outros tantos) passam a ser expressão, nesta moldura, da completude desse fenômeno de distanciamento do direito de seu real destinatário: o povo.

A partir dessas premissas é que construímos este artigo. Trata-se, na realidade, de uma tentativa de, além de detectar o problema, oferecer aos insatisfeitos com esta realidade alternativas para confrontá-la *na medida do que é possível com o uso do direito.* Dedica-se, portanto, o texto aos inconformados com o eterno, até este instante, destino do direito de apenas fazer conformar os menos poderosos aos desígnios dos mais poderosos. Pedimos que não se esqueçam desta premissa, constante no texto, mesmo que em alguns instantes não seja enunciada.

Estabelecidas as premissas, passemos a enfrentar a questão.

De tudo, percebemos que, embora não se deseje fazer do direito um lugar infenso ao mundo, especialmente em matéria de direitos sociais, há uma incomum e indesejável interpretação a partir de pressupostos totalmente impertinentes aos próprios postulados informadores do direito.

Diversamente dos ramos mais ligados aos direitos individuais, em que o positivismo parece imperar absoluto, quando se trata de direitos sociais, a postura metodológica positivista, senão abandonada, é, certamente, redimensionada de forma a atender os interesses inadequados dos detentores do poder.

No caso, estamos tratando do positivismo jurídico, uma expressão mais instrumental do método positivista. Do positivismo fica essencialmente aquilo que há de mais perverso: a naturalização, importada das ciências que se ocupam dos fenômenos da natureza para as ciências sociais. Fato que se revela na admissão, muito mais moral do que científica, da pobreza como um "mal necessário", natural e impossível de ser transposto, o que contamina a interpretação jurídica dos direitos sociais. Menos cruel fica a impressão de que o lobo, que se esconde na pele de cordeiro, diz que a

neutralidade é que deve imperar em nome do rigor científico, se desnuda. Não há neutralidade na interpretação do direito; no entanto, sob esta pretensa premissa positivista, é consolidada a opressão a partir de uma lógica típica dos direitos individuais, importada para os direitos sociais, cuja interpretação passa a se imiscuir com questões econômicas, a se promiscuir com questões morais e, enfim, a se travestir de econômico — embora seja problema de cunho, essencialmente, político. Esse exercício perverso, realizado por diversos intérpretes dos direitos sociais, busca esconder-se sob o manto da neutralidade. Felizmente, hoje esse fenômeno vem sendo exposto, totalmente descortinado.

Muito desta questão pode ser entendido a partir das reflexões mesmo, postas pelos autores, para a explicação da falência do Estado de Bem-estar Social.

Sobre a falência do Estado de Bem-estar Social, há reflexões profundas sobre as causas morais desta.

A respeito há que se destacar as reflexões de Claus Offe[5] neste sentido, lembrando que os críticos do Estado de Bem-estar Social mencionam que este acarreta a indolência nos homens, que, ao terem as suas necessidades providas pelo ente estatal, não se esforçam para melhorar de vida. Além disso, certos grupos aproveitam-se das vantagens do Estado de Bem-estar Social em detrimento de outros menos organizados. Ambos os fatos trariam, segundo tais críticos, uma quebra na solidariedade social[6].

No entanto, a despeito da falência do dito Estado de Bem-estar Social, resta claro que as objeções postas a esse modelo de Estado, mesmo em se acreditando na eliminação total na vida da humanidade, continuam presentes em um modelo de Estado que albergue de forma substanciosa previsões constitucionais garantidoras de direitos sociais.

A ideia de que existem pessoas que se aproveitarão das vantagens geradas pelo esforço da maioria, sem mérito pessoal suficiente, está sempre presente na mente daqueles que criticam os direitos sociais (e, em especial, a sua constitucionalização). Está presente, pois, também em uma certa

[5] OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

[6] Toda a argumentação desenvolvida neste artigo tentará demonstrar que esta crítica, a meu ver mais difícil de ser contornada — já que acaba se sedimentando no espírito da classe dominante com muita facilidade —, não resiste a uma análise mais profunda e, pelo contrário, a promoção do bem-estar promove, em certo estágio da vida de um povo e até determinado ponto, a solidariedade entre os homens.

forma de se entender e interpretar os direitos sociais, que parte da lógica de que a sua concessão implica a quebra do pacto de solidariedade estabelecido pela sociedade. Esta ideia realiza-se como antecedente lógico da interpretação — existindo antes mesmo do próprio ato de interpretar e se enraizando em vários aspectos da realidade atual.

Citaremos vários exemplos prosaicos desta afirmação.

Perceba-se a quantidade de apreciação moral existente quando se fala em uma aposentadoria precoce. Pensa-se: mas você não é muito jovem para se aposentar? Não se consideram nesta indagação sequer os fatores econômicos, tais como o fato de a pessoa já haver contribuído significativamente para o sistema. Aqui, como em outros momentos, é estranho que a apreciação econômica entre na composição da equação no instante de se fazer uma interpretação restritiva dos direitos sociais, a qual, muitas vezes, é abstraído quando se busca fazer uma interpretação mais favorável — ou, até mesmo, uma interpretação correta decorrente da lógica contributiva, isto é, do fato de sua contraprestação. A explicação é simples e retoma as nossas premissas: o intérprete é o detentor do poder, utilizando-se das premissas econômicas da forma como bem desejar —, conforme melhor lhe aprouver. O aposentado, sem poder suficiente, passa a ser encarado como um mal a ser eliminado. Não podendo interferir no processo de produção inicial, e principalmente final, da interpretação, será sempre vitimado pela interpretação que mais o exclui, que mais o estigmatiza.

Da mesma forma, há este tipo de apreciação em relação àqueles que busquem qualquer outro benefício social e que, para muitos, passam a ser confundidos com alguém que deseja tirar algum proveito do sistema — daqueles que, pelo seu suor, contribuíram para a integridade do regime previdenciário. Se isso se revela presente em matéria de direito previdenciário, a situação é muito mais frequente quando se fala em benefícios assistenciais — vejam-se os ataques ao programa conhecido como bolsa-família (que, embora possa ser questionado, inclusive no que diz respeito à sua maior adequação a outras políticas públicas, passa a sofrer questionamentos insuficientes a partir de premissas insuficientes, em geral de natureza moral — até mesmo por pessoas conhecidas como "de esquerda").

Vemos a intensidade dessas apreciações, que são tidas como jurídicas, mas que não resistem a uma análise mais efetiva do rigor científico-jurídico do direito previdenciário. Na verdade, embora o cerne da preocupação pareça ser econômico, entendemos que haja elevada carga política (moral coletiva?) a respeito do fato.

Como exemplo, teríamos a interpretação do Supremo Tribunal Federal a respeito da contribuição dos inativos em controle concentrado de constitucionalidade. Houve, ali, uma total desconsideração da solidariedade sob a perspectiva do benefício, baseando-se a análise na insuficiente categoria de solidariedade, apenas a partir do custeio. Passou a existir mesmo uma inversão no pacto das gerações. Uma geração, com vantagens concedidas pelo sistema, na perspectiva democrática, teria supostamente — mesmo porque a premissa é da inexorabilidade do déficit da previdência, não submetida a qualquer contraditório ou democrático confrontamento no processo — criado uma dívida que terá de ser paga pela geração futura. No entanto, essa nova geração não se compõe de todos os brasileiros. Um grupo, não necessariamente o que se beneficiou dos valores sem contribuir, passa agora, em nome de uma catarse supostamente democrática, a responder pelo passado, indenizando os prejuízos, também apenas supostamente existentes, causados pela geração passada. Essa nova geração não é visualizada a partir de qualquer pacto com as gerações futuras, mas apenas na lógica do ressarcimento, indevido, de dívidas de uma geração pretérita. Não há aqui qualquer noção de previdência, mas sim de cobertura da imprevidência forjada no contexto da própria democracia. Deixa de se trabalhar com noções previdenciárias para se trabalhar com categorias de direito privado. Deixa-se o campo da previdência, na medida em que o recurso foi à "contribuição social" de natureza meramente indenizatória. Não se paga por uma contraprestação de benefício, mas para, com base em suposições ideológicas (tais como a de uma previdência deficitária), indenizar, sem motivação legal, por um suposto rombo criado pela geração pretérita. Não há contribuição que se possa chamar de social se dela não for proveniente o benefício, e não apenas a suposição do não pagamento do próprio benefício. Sem a responsabilização de quem teria causado o "rombo", paga, novamente, o segurado. Pergunta-se: quando o sistema já for "solvável", com o pagamento por anos desta contribuição pelos inativos, o servidor parará de pagar enquanto inativo? Tememos que não. Mais uma vez, a expropriação do coletivo, sem o verdadeiro retorno das vantagens sociais, dar-se-á, no futuro, como vantagem incorporada e consolidada em torno de um Estado que insiste em não produzir o bem público. Aliás, será que teima porque não poderá jamais ser verdadeira fonte de produção dessa espécie de bem coletivo, ocultando, na verdade, interesse de classes no seu bojo que o impedem e o impedirão para sempre de realizar este mister?

É de estranhar, por outro lado e neste instante, que existam estudos indicando que o gasto com políticas públicas que prestigiem a concessão de direitos sociais é menos dispendioso, por exemplo, que o gasto com

políticas públicas envolvendo segurança pública — mais especificamente gastos com o encarceramento de pessoas. Ainda assim, não é incomum Estados que prefiram as segundas políticas públicas às primeiras. Logo, é de concluir que o problema não é realmente econômico, mas sim de opção política. A opção pelos pobres é a opção pelo seu encarceramento e não pela realização de políticas concessivas de direitos sociais. Claro que é cômodo ter em mãos um contingente significativo de exército de reserva e, com o excesso, também expressivo, concluído pela sua total desnecessidade, jogá-lo em prisões em condições sub-humanas[7].

Este exercício pode ser feito até mesmo na apreciação de um exemplo prosaíco e cotidiano. Assim, não precisamos contemplar a questão à luz da lógica do direito, basta debruçarmos o olhar para o nosso dia a dia para entender as respostas da sociedade às suas injustiças sociais. O mesmo olhar farão os que operam a equação do direito, guardadas as proporções.

Recorremos, aqui, a três cenas do cotidiano:

Primeira cena: uma pessoa, confortavelmente em seu carro, para no farol. Vê um pedinte se aproximando, e antes de dar a esmola[8], pergunta a si mesmo se aquela pessoa, varão viril, merece o benefício. Logo após emenda: se fosse uma velhinha, talvez eu desse a esmola. Sem perceber, houve uma seletividade no caso. A seletividade e a focalização típica de qualquer política pública envolvem os direitos sociais. Na realidade, é uma opção individualista na lógica da caridade que deve ser analisada, com muito mais cuidado, quando se faz a transposição da questão para o campo das políticas públicas, que devem superar (será que superaram?) a visão cristã e a noção meramente caritativa.

---

[7] A respeito do tema confira-se uma coleção, bastante interessante, chamada *Pensamento Criminológico*, editada pela Editora Revan e dirigida por Nilo Batista. Deve-se ressaltar, nesta coleção e que serviu como base da assertiva feita no corpo do texto, a obra de Löic Wacquant denominada *Punir os pobres — a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3ª ed. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

[8] Utilizamos o exemplo da esmola não porque entendemos que os direitos sociais sejam esmolas ou favor. No entanto, este é o comportamento de muitos em relação aos direitos sociais, desvirtuando a sua interpretação e a implementação de políticas públicas adequadas. É claro que essa assertiva não pode ser utilizada, de forma destacada e inadequada, no sentido de que a concessão de direitos sociais, a partir de uma interpretação mais permissiva, confunda-se com ato de misericórdia. Pelo contrário, a generosidade na interpretação dos direitos sociais somente é possível àquele que se afasta da ideia de que estes devem ser tratados como esmola, concebendo na verdadeira dimensão dos direitos e da efetiva rede de proteção social. Portanto, essa forma de interpretação somente é permitida àqueles que se afastaram dos vícios que identificamos, neste texto, na interpretação dos direitos sociais e compreendem a sua exata dimensão no mundo atual.

Segunda cena: uma pessoa, confortavelmente em seu carro, para no farol. Vê uma pessoa em uma cadeira de rodas. Imediatamente se pergunta: será que se trata de uma pessoa com deficiência ou está querendo me enganar? Apreciação tipicamente moral que cerca várias apreciações de direitos sociais, mesmo na sua interpretação pelos juristas. De novo o reparo: uma visão individualista que não consegue ser descolada do ato de interpretar os direitos sociais.

Terceira cena: uma pessoa, confortavelmente em seu carro, para no farol. É confrontada por uma pessoa bêbada que pede esmola para dar de comer aos seus filhos. Desconfia: esta pessoa vai beber com o dinheiro que lhe darei e não vai fazer o que está prometendo. Delibera, já de início, sobre o destino do dinheiro que dará ao outro. Que liberdade propicia, se já dá um destino ao valor que entregará ao terceiro mais pobre? Determina a liberdade de terceiro simplesmente por possuir mais do que ele.

Em direitos sociais, isto é, em políticas públicas que envolvem direitos sociais, todas as assertivas, guardadas as proporções, se encontram presentes e se confundem quando da elaboração da norma ou, em momento posterior, no seu ato de intepretação. Aliás, é uma pena tal constatação, já que ela oculta o desvirtuamento de percepção daqueles que se ocupam dos direitos sociais.

Senão vejamos.

Quando se elenca a focalização e não a universalização como cerne da política pública, certamente que se está escolhendo certo grupo em detrimento de outro. A escolha, por si, pode embutir questões tipicamente morais, mais do que de qualquer outra natureza. Pode revelar a condição da pobreza segundo critérios que mais retiram a liberdade e que guiam os destinos dos mais necessitados. Por exemplo, a concessão de benefícios assistenciais apenas para famílias com certo número de filhos. Quem é rico pode deliberar sobre quantos filhos quer ter, quem é pobre, por depender do benefício da assistência, terá a sua liberdade restringida por uma norma ou pela interpretação de uma norma. Os direitos sociais devem ser construtores de autonomias e não do cerceamento de liberdades de pessoas mais pobres.

Até mesmo questões aparentemente nobres podem conduzir à mesma conclusão. Destacamos, aqui, as soluções típicas de *workfare* ou *learnfare*, por exemplo. Nestes, seja por políticas específicas de trabalho ou de ensino, o que se pretende é enquadrar o sujeito a um modelo já existente, em geral com elevado grau de condução quanto ao seu destino — por exemplo, benefícios condicionados ao exercício de atividades profissionais, cursos profissionalizantes ou mesmo à educação (que, em geral, remonta a um modelo de educação já existente, não se possibilitando modelos alternativos, v. g., o benefício não concedido a alguém que frequente aulas em uma tribo indígena, dadas por um indígena a partir de seus próprios postulados de vida)[9].

Assim, isso pode ocorrer com a condução dos pobres a um certo tipo de serviço nem sequer absorvido pelo mercado de trabalho (tão carente, como se diz por aí, de postos), ou a uma educação formal e estruturalmente insuficiente para dar respostas às demandas da sociedade. Nesses casos, dá-se por completo um processo de expiação de culpas. O desconforto de

[9] Chamamos atenção para alguns modelos já existentes no mundo e que buscam escapar dessa armadilha. Há várias experiências verdadeiramente contra-hegemônicas que merecem destaque nos mais diversos campos. Entendemos por contra-hegemonia qualquer movimento que busque a ruptura com o atual modelo de produção econômico, seja direta ou indiretamente. Assim, mesmo manifestações no plano cultural que propiciem, ainda que a longo prazo, a revisão do atual modelo de produção são, no nosso sentir, expressão da contra-hegemonia. Citamos, aqui, com destaque, experiência muito rica em que essa consciência foi, em certa medida, obtida. Trata-se de experiência de tomada e recuperação da fábrica Grissinopoli na Argentina (vejam-se os relatos impressionantes de como os trabalhadores passaram, no processo de tomada e recuperação da fábrica, por uma revisão dos conceitos de gestão e de produção, confrontando-se a sua situação com a de outros modelos de fábricas capitalistas. É impressionante como os próprios trabalhadores passaram a perceber o seu papel no mundo e que não deveriam reproduzir o modelo de exploração e produção do capitalismo). Confira-se o seguinte texto: FIGUERAS, Federico et. al.; Grissinopoli: ¿ fábrica recuperada y nuevo espacio de socialibilidad? In NEUHAUS, Susana; CALELLO, Hugo (org.). *Hegemonía y emancipación: fábricas recuperadas, movimientos sociales y poder bolivariano.* Buenos Aires: Herramienta, 2006. p. 199-218. Gostamos também de destacar os exemplos fornecidos nos seguintes textos, situados nos mais diversos campos em que se estabelecem as relações humanas, a saber: POCH, Silvia Bofill. *La lucha por la tierra: de las armas a los Tribunales agrarios.* Bosque político: los avatares de la construcción de una comunidad modelo, San Juan Nuevo, Michoacán, 1981-2001. Barcelona: El Colegio de Michoacán — Universitat de Barcelona. p. 173-240; COLETTI, Claudinei. Avanços e impasses do MST e da luta pela terra no Brasil nos anos recentes. In SEOANE, José (org.). *Movimientos sociales y conflicto en América Latina.* Buenos Aires: CLACSO, p. 73-139; MARIOTTI, Daniela. El conflicto por la tierra de las comunidades aborígenes Kollas (Argentina) y Mapuche-Pehuenche (Chile): discursos globales en escenarios locales. In GIARRACCA, Norma; LEVY, Norma. *Ruralidades latinoamericanas: identidades y luchas sociales.* Buenos Aires: CLACSO, 2004. p. 257-304; PEDRO, Beatriz H. Barrio María Elena — La Matanza — 23 años de experiencia territorial. De la exclusión a la reconstrucción del tejido social de resistencia y potencialidad contrahegemónica. In NEUHAUS, Susana; CALELLO, Hugo (orgs.). *Hegemonía y emancipación: fábricas recuperadas, movimientos sociales y poder bolivariano.* Buenos Aires: Herramienta, 2006. p. 131-161; DIAZ, José Luis; ROHATSH, Julia; SÁNCHEZ, Gabriela. Barrio María Elena, una experiencia de reconstrucción del tejido social en una zona devastada. In NEUHAUS, Susana; CALELLO, Hugo (Orgs.). *Hegemonía y emancipación: fábricas recuperadas, movimientos sociales y poder bolivariano.* Buenos Aires: Herramienta, 2006. p. 219-245; KRUSE, Thomas. La "guerra del agua" en Cochabamba, Bolivia: terrenos, complejos, convergencias nuevas. In GARZA TOLEDO, Enrique de la (Org.). *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina.* Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 121-161; AILLÓN, Lorgio Orellana. El proceso insurreccional de abril: estructuras materiales y superestructuras organizativas de los campesinos regantes en el Valle Central cochabambino. In GIARRACCA, Norma; LEVY, Norma. *Ruralidades Latinoamericanas: Identidades y luchas sociales.* Buenos Aires: CLACSO, 2004. p. 477-550.

políticas que envolvem direitos sociais dá lugar a um generalizado alívio em relação aos gastos públicos, muitas vezes, sem se realizar um levantamento sério sobre a sua real efetividade. Até mesmo questões morais, como os valores familiares, estão escondidas na hipótese. Uma pessoa que fica fora o dia inteiro trabalhando, para ganhar um salário mínimo, não pode estar ao lado de seus filhos[10].

Neste passo, percebe-se a importância assumida pela burocracia responsável pela apreciação dos requisitos legais e competente para a concessão, a partir daí, do benefício. Burocracia que assume papel tão repressivo quanto o de qualquer aparelho repressivo de um Estado militar.

Se alguém percebe um benefício, para obtê-lo, primeiro deve submeter-se a uma burocracia, que é cara e encarece a própria política social, sendo baseada em pressupostos de que há sempre alguém tentando ludibriá-, para obter, de forma fraudulenta, uma vantagem em algo que a todos pertence.

Da mesma forma se submetem as pessoas ao controle da utilização dos numerários. Outra burocracia é construída: não mais para concessão, mas para controle. O controle é feito também na concessão, especialmente quando a lei prevê que o benefício não poderá ser concedido em dinheiro, mas por meio de utilidades (leite, vales etc.). O vale, previsto na Lei, como forma de controlar a vida das pessoas, visto no exemplo anterior, em que se controlou o que o pobre faria com o dinheiro mendigado.

Assim, impingimos o gasto segundo as nossas intenções e nossa percepção de organização de comunidades excluídas, acreditando que, com isso e utilizando o direito, estaríamos organizando políticas públicas sociais. Não há liberdade para essas pessoas, que passam a viver a partir de nossas expectativas em relação ao papel — bastante reduzido se percebido na perspectiva da humanidade — que deve ser por elas cumprido no mundo. Um papel sub-humano, já que desejamos delas que, quando muito, apenas se utilizem dos benefícios sociais para "comer" e nada mais. Enfim, viver segundo as mais primárias condições a que se submete qualquer animal irracional.

Se a pessoa gastou dinheiro com a compra de uma bicicleta para um filho ou com a compra de uma dentadura, não concordamos. Deveria o dinheiro ter sido gasto na manutenção de condições básicas (comida, por exemplo). Impingimos aos outros as nossas intenções de controle, mas não o nosso estilo de vida — somente permitido a alguns, nós mesmos, embora diuturnamente divulgado, de forma sedutora, nos meios de comunicações como o melhor meio de existir. A nós é dado existir na perspectiva de uma sociedade de consumo. Somos cidadãos/consumidores. Aos pobres, apenas a cidadania no sentido da sobrevivência a partir dos mínimos. Uma cidadania menor, portanto, se a analisamos a partir da lógica que imprimimos ao ato de viver.

Os direitos sociais devem ser concedidos, ampliados e generalizados, mas nunca na perspectiva de que se constituam em eficiente meio de controle social dos seus titulares. Ninguém deve ser titular da autonomia do outro — em especial do outro mais pobre —, como sempre nos lembra Paulo Freire[11].

III — Algumas soluções propostas

Diante de tudo quanto colocado, qual, então, a função dos direitos sociais no mundo moderno e qual a forma mais efetiva de implementar

[10] Aqui nos lembramos do filme *Tiros em Columbine* de Michael Moore, em especial da cena em que uma mãe tem que ficar, para atender a um programa social no qual ingressou — como única forma possível de manter o seu sustento —, o dia inteiro trabalhando em cidade vizinha. Pela sua ausência e excesso de armas posto à disposição da sociedade americana, o filho, uma criança que fica sem os cuidados da mãe, acaba se envolvendo em incidente com o manuseio de arma de fogo. É de se estranhar que o discurso conservador norte-americano esteja centrado na ideia de família e que, ao mesmo tempo, permita, por meio de um programa social, a desagregação do ambiente familiar. Em direção totalmente oposta, percebemos o exemplo de benefício assistencial para mães solteiras, no governo Clinton, em que, para perceber o benefício, a jovem deve comprovar que vive com a sua família. De um lado, a desagregação familiar com a "suposta" utilização de um direito social, de outro o excessivo controle da vida das pessoas — e de pretensões morais de ocupantes do poder — também por meio da utilização de direitos sociais. Ambas as hipóteses dão a perceber o papel que o uso (inadequado) dos direitos sociais cumpre como meio de controle da vida daqueles que nada ou pouco possuem. Acreditamos, mesmo, que reside aí o grande desafio moderno dos direitos sociais como instrumento de transformação da sociedade, ou seja, a potencialidade existente nessa modalidade de direitos como meio de redenção e não de controle dos mais carentes. Assim, é indispensável a existência de direitos sociais, mas é totalmente dispensável a sua utilização como forma de controle social. O exemplo das mães solteiras nos é fornecido por Loïc Wacquant, que deixa bem nítida a utilização dos direitos sociais como forma de controle de grupos marginalizados pela sociedade norte-americana a partir da perspectiva da divisão do mundo entre *winners* e *losers*. Incluídas na segunda categoria e totalmente estigmatizadas na sociedade norte-americana, essas jovens teriam de participar de "oficinas de habilitação", a fim obterem "aperfeiçoamento pessoal", sendo tais oficinas "voltadas para ensiná-las as normas culturais dominantes e a submissão no trabalho", a partir da ideia de que a pobreza e o desemprego tivessem sido causados pelo medo de falhar ou por sua má-atitude (de mães solteiras) – a respeito confira-se a obra *Punir os pobres – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, cit., nota 8, p. 158.

[11] Essa ideia aparece constantemente em obras como *Pedagogia da autonomia*. São Paulo: Paz e Terra, 2007 e *Pedagogia do oprimido*. 46ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

tais direitos? Levantamos algumas propostas que analisaremos cuidadosamente.

A) Direitos sociais e consciência de classe

O direito provoca cada vez mais um distanciamento entre o que ele cria no seu universo próprio e aquilo que é do universo do comum, do diário. E isso afeta sensivelmente a perspectiva científica do direito, aqui considerada não apenas a base filosófica que informa o direito, mas também a sua operacionalização diuturna. Os que operam o direito como equação, inclusive de sua atividade profissional, distanciam-se dos homens comuns, crendo, mesmo, que são seres menos ordinários. Com isso, até nas situações cotidianas ligadas ao direito social (seja como juízes, seja como advogados, promotores), terminam por propugnar soluções que, em geral, deslegitimam o próprio direito, já que distantes do anseio popular. Essa dicotomia dos saberes e a dicotomia do entendimento do outro, "mais ordinário", para esse que se compreende "menos ordinário", fazem com que haja um adensamento da dificuldade de se assimilar o direito como forma de solução dos conflitos incorporada por toda a comunidade. Trata-se de fenômeno que intensifica o processo de não legitimação do direito. Passa a vigorar uma deficiência na visão do mundo, que certamente afeta o estudante de direito em geral. O mais triste, no entanto, é constatar que o ensino do direito, da forma como vem sendo formulado, em vez de diminuir esse distanciamento somente faz aumentar o abismo, reforçando a dicotomia de um mundo das coisas ordinárias e um outro mundo, o do direito.

Cremos que é muito difícil a imediata ruptura desse estado de coisas. Basta, para tanto, verificarmos, v. g., o ensino jurídico no Brasil na atualidade. Considerada a totalidade dos professores, e percebendo que eles são provenientes de certa origem, com dada visão de classe, é pouco crível que consigam, imediatamente, superar essa visão do mundo distanciada da realidade brasileira. No entanto, preferimos acreditar que se trata de um ciclo difícil, mas não impossível, de ser rompido. Os professores de hoje foram os alunos de ontem, nutrindo o seu saber de professores que eram aqueles alunos com essa mesma tradição, e com essa mesma leitura de mundo. Então, esse é um ciclo muito difícil de ser rompido. Acreditamos que, na verdade, seria quase postular das pessoas que estas negassem a sua história e se convertessem imediatamente, apresentando como proposta a história de um país miserável. Quase como exigir o seguinte: dê-me esta sua história de vencedor, de uma vida mais confortável, e a substitua pela história dos vencidos, de um país que revela uma grande quantidade de gente, que na sua ótica é perdedora. E é muito difícil acreditar que imediatamente essas pessoas, de forma geral, consigam sair dessa prisão à qual estão condenadas, que consubstancia uma visão de classe.

Entendemos que haja uma dificuldade de essas pessoas superarem essa questão, e isso vai passando, perpassando e repassando o direito por muitas gerações. Não vemos sequer má-fé na quase totalidade desses docentes. Assistimos, sim, à impossibilidade de uma visão de mundo diferente[12]. Estes acabam ainda mais, no seu ato de ensinar o gestual da interpretação jurídica, propiciando um processo de maior alienação — já que alienados também o são. Seria muito acreditar que um ser alienado pudesse ajudar a produzir seres que fugissem de sua alienação. "Ensino o que sei, o que posso, o resto se encontra fora do meu alcance". Aliás, mesmo para os que buscam destino diverso, o ato diário de luta contra o processo de alienação é, na verdade, construído de forma árdua, tamanhas as forças adversas à tomada de consciência — ou ao seu alargamento. Neste ponto, é interessante lembrar os textos de Gabriel Garcia Marques. Deve-se recordar de Macondo, cidade perdida na América Latina, de sua obra *Cem anos de solidão*, onde as pessoas estão fadadas a sempre retomar, de forma cíclica, ao mesmo ponto em que pararam os seus antepassados, quase cumprindo de forma fatídica esse seu eterno ciclo — remontando mesmo ao eterno ciclo de toda a América Latina[13]. E de lembrar também de *Crô-*

[12] A partir das ideias de Marx no *Dezoito Brumário* a respeito da questão da ideologia, Michael Löwy se detém especificamente em uma questão que aqui nos interessa sobremaneira, que se refere não necessariamente à mentira deliberada dos intelectuais a respeito de certo tema, mas sim ao problema do horizonte na forma de pensar (a ideologia comportando uma parte importante das ilusões e autoilusões). Isso tudo acarretaria certo limite intransponível para a ciência burguesa ou um máximo de conhecimento possível. Trata-se de um campo de visibilidade, de um horizonte, de uma perspectiva incompleta. Assim, na figura do observatório, o cientista burguês encontra-se em certo ponto deste, e por não ter atingido patamar superior não terá êxito no exame da questão na sua completude. Nesse caso sequer poderia se falar em má-intenção do intelectual (embora, não se despreze a existência também desse sentimento em alguns casos), mas de uma posição em que se coloca na qual a perspectiva de leitura da ciência se faz insuficiente (cf. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen — marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 100-114). No direito, isso se dá até mesmo pela posição historicamente ocupada por esse ramo da ciência social na consolidação dos ideais burgueses e pela própria posição social ocupada pelos seus estudiosos, de forma bastante clara. Há uma nítida opção que não se faz pela classe proletária (para usar a expressão consagrada) e que traduz uma forma burguesa de ver o mundo, o que processa soluções na interpretação — portanto, na práxis, na sua expressão técnica — que, a nosso ver, inviabilizam que o direito enquanto ciência seja, em diversas ocasiões, elemento de redenção do homem. Por isso, o direito passa a ser visto, muitas vezes, como uma manifestação científica menor, ou mesmo, como mera técnica, a que não se pode entregar a missão científica.

[13] "Aureliano no había sido más lúcido en ningún acto de su vida que cuando olvido sus muertos y el dolor de sus muertos, y volvió a clavar las puertas y las ventanas con las crucetas de Fernanda para no dejarse perturbar por ninguna tentación del mundo, porque entonces sabía que en los

nica de uma morte anunciada, em que tudo indica que a personagem será assassinada, mas ela não consegue captar os sinais que lhe são passados no curso da história e que indicam o que ocorrerá. Um certo fatalismo que, no fundo, clama por ser rompido.

É extremamente difícil a superação quando há um desenho, confortável, que está traçado para certa pessoa, aliás, que está traçado também para as pessoas que estão ao seu lado, inclusive e principalmente para os seus descendentes. É claro que tudo é mais aparente do que certo — embora vendido como certo. No entanto, nem mesmo isso consegue ser vislumbrado pelo sujeito. Trata-se do discurso da promoção da ruptura de um destino previamente traçado para ser cumprido. Desde o nascimento desenhado. Aliás, a ruptura do seu destino previamente anunciado representa a própria saga heroica de um homem e, mesmo quando se processa em um único homem, significa a redenção de toda a humanidade. Nesse instante, lembramo-nos muito de uma música dos Titãs, que diz basicamente: "Marvin, (...) o seu destino eu sei de cor". Um pai, no leito de morte, dizendo que já sabia que o filho dele faria a mesma coisa que ele, e que, no final, deu o seu melhor, mas que não tinha condições de ir mais longe.

pergaminos de Melquíades estaba escrito su destino. Los encontró intactos entre las plantas prehistóricas y los charcos humeantes y los insectos luminosos que habían desterrado del cuarto todo vestígio del paso de los hombres por la tierra, y no tuvo serenidad para sacarlos a la luz, sino que allí mismo, de pie, sin la menor dificultad, como si hubieran estado escritos en castellano bajo el resplandor deslumbrante del mediodía, empezó a decifrarlos en voz alta. Era la historia de la família, escrita por Melquíades hasta sus detalles más triviales com cien años de antecipación". A história da família escrita pelo cigano Melquíades, mesmo antes de acontecer, já havia sido desenhada de antemão na saga do percurso histórico que não foi rompido. E mais adiante, lendo Aureliano ansiosamente o livro, para tentar ao chegar ao instante que estava vivendo, a passagem final do livro vem assim posta, como uma sentença de condenação eterna: "Aureliano saltó once páginas para no perder el tiempo en hechos demasiados conocidos, y empezó a descifrar el instante que estaba viviendo, descifrándolo a medida que lo vivía, profetizándose a si mismo en el acto de descifrar la último página de los pergaminos, como se estuviera viendo em um espejo hablado. Entonces dio outro salto para anticiparse a las predictiones y averiguar la fecha y las circunstancias de su muerte". E reconhecendo que não haveria uma segunda chance, para a reversão do que fatidicamente já vinha escrito através dos séculos, a obra termina com o seguinte trecho: "Aureliano Babilonia acabara de descifrar los pergaminos, y que todo lo escrito en ellos era irrepetible desde simpre y para siempre, porque las estirpes condenadas a cien años de soledad no tenían una segunda oportunidad sobre la tierra" (MÁRQUEZ, Gabriel García. *Cien años de soledad*. 18ª ed. Buenos Aires: Debolsillo, 2007. p. 498 e 495). Resumidamente: ou rompemos o ciclo antes da nossa morte ou apenas estaremos lendo o capítulo final do nosso destino. O rompimento desse ciclo em um único humano é heroico, mas o esforço de todos deve ser no sentido de que ele se processe em todos os homens, em toda a humanidade. Em síntese, todos somos responsáveis pela ruptura do ciclo em nós mesmos e nos outros. Caso contrário, estaremos sempre reescrevendo a história fatídica da miséria no mundo, e, mais, não teremos uma segunda oportunidade para auxiliarmos no processo de redenção de toda a humanidade. Ou cada um faz isso em vida ou não fará nunca mais!

Então, as pessoas se apresentam, de forma geral, como condenadas a uma determinada trajetória; e isso tanto na vida do mais letrado como na do menos letrado. A ruptura dessa trajetória reproduz um esforço heroico[14]. Ruptura que pode estar presente, ou não (aliás, o mais comum), na hora da interpretação que o hermeneuta faz do direito, e em especial do direito social. Chamamos a atenção, então e muito, para os textos de Paulo Freire, sobretudo os já mencionados, e os de Georg Luckács[15]. E esse processo de percepção, que influirá em toda a leitura de qualquer símbolo existente neste mundo, inclusive o direito, comum ente, decorre de elementos externos, de alguma coisa que afeta enormemente o sujeito e o torna mais aberto a essa nova leitura da vida — e, no nosso caso, dos textos legais. Como, em geral, no nosso dia a dia se consolida a falta de percepção do outro, acaba o jurista sendo, ao mesmo tempo, vítima e algoz neste processo de banalização da injustiça social[16]. Como se pode perceber, pouco o outro (em especial o outro excluído que é o verdadeiro titular dos direitos sociais, que já é "naturalmente" invisível) urge que nos entreguemos, nas mais diversas esferas do nosso cotidiano (inclusive no direito), à difícil tarefa de trazer à tona os elementos externos que poderão alterar a visão de mundo consolidada e que nos torna os piores intérpretes, não só do direito, mas também da vida. Então, cada vez mais agravado esse estado de inconsciência (em sentido lato mesmo), deve ser maior o esforço da introdução de outros saberes (o saber do quilombola ou do indígena, por exemplo) no universo de qualquer Faculdade de Direito. O outro invisível passa a ter a chance, neste quadro, de ser visibilizado. Quando quem era invisível passa a ser visível, há maior possibilidade de alteração nos rumos do destino de ambos: do que estava invisível e daquele que o invisibilizava. O que é visto nos toca (não somente no sentido de visão pelos olhos, embora também, mas visão pela alma). Quem é invisível não pode, por exemplo, ser titular de direitos. O sujeito precisa existir, ser visibilizado, para que possa auferir os direitos, para que possa fazer parte de uma lógica de interpretação jurí-

[14] É lindo ver isso ocorrer em qualquer ser humano. Sugerimos que se assista ao filme *Billy Elliot*, que tem como pano de fundo a greve dos mineiros na Inglaterra de Margareth Thacther. O menino que rompe o seu destino deixa de ser mineiro, como o foram as gerações anteriores da família, e se transforma em um bailarino — o avesso do que se poderia pretender num universo totalmente machista.

[15] O livro que lemos e que sugerimos se chama *História e consciência de classe — estudos sobre a dialética marxista*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[16] A respeito desse processo de banalização da injustiça social, chamamos atenção para a obra de DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Trad. Luiz Alberto Monjardim, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, com especial destaque para as páginas 13 a 59.

dica. Não há sujeitos de direito onde há um processo de invisibilização destes seus titulares. Não conseguem sequer titularizar nada, já que não são apreendidos pelo universo dos direitos. Visíveis entram neste universo, não somente por meio das leis, mas também, e acima de tudo, para e pelos olhos do intérprete destas.

Como lembra Paulo Freire, há uma relação muito mais íntima de conteúdo, do que se pode imaginar, entre oprimido e opressor[17]. Ora, com a percepção do outro, passa-se a compreender o quanto de opressor existe no interior de cada um, e, para o oprimido, percebe-se o quanto ele hospeda o seu opressor[18]. Ainda de acordo com Paulo Freire, só esse oprimido pode redimir o opressor e vice-versa. Numa faculdade de Direito, em geral, ou somos uma série de opressores, que estamos lado a lado, ou somos oprimidos que viramos opressores. Somente ao trazer o oprimido para esse mesmo ambiente poderemos aprender, com ele, o nosso próprio processo de redenção. O grande passo, o mais difícil, no entanto, é trazê-lo para o mesmo espaço que ocupamos, mais ainda em igualdade de condições. Se conseguirmos dar esse passo, estaremos a mais de meio caminho andado

[17] Aliás, nessa parte do trabalho de Paulo Freire (que aparece em especial na obra já citada *Pedagogia do oprimido*), sintimos mesmo a importância da compreensão da noção hegeliana de dialética (o que é admitido pelo próprio Freire nessa mesma obra à p. 39). Embora não sejamos profundos conhecedores do tema, a melhor leitura que fizemos dessa noção aparece na introdução feita por Herbert Marcuse do texto *Razão e revolução*, já mencionado, e na apresentação feita por Emir Sader da edição da Boitempo Editorial (São Paulo) do texto de Marx e Engels *A ideologia alemã*: "Hegel reivindica o conceito de contradição, não como sintoma de falsidade, mas como motor do movimento do real. O exemplo da dialética do senhor e do escravo é utilizado como a forma mais clara da relação de interdependência das determinações aparentemente opostas, mas que estão incluídas uma na outra. Apreender a contradição da sua relação é apreender a essência de cada polo e o sentido de sua relação mútua" (p. 15). O escravo contém o senhor, que, por sua vez, contém o escravo. Somente assim é possível entender o escravo, mas também o senhor — já que ambos são partes, não distintas, de uma relação única. O mesmo com a relação entre oprimido e opressor, posta por Paulo Freire.

[18] Veja-se, aqui, como essa percepção altera mesmo a dimensão de questões muito importantes para os direitos humanos. Aqui, chamamos a atenção para o pequeno texto que redigimos que defende as cotas para negros, denominado Abolição inconclusa?, publicado na *Revista Internacional de Direito e Cidadania (REID)*, São Paulo, v. I, n. 02, outubro de 2008. p. 219 a 221. Ali resta nítida a relevância da convivência do opressor (branco) com o oprimido (negro) como elemento indispensável à redenção de ambos. Sim, ambos precisam se redimir para que possam caminhar para o seu destino final: a humanidade, que se encontra escondida em algum canto, bastante pouco visível, de sua existência. Ao falar da libertação pela pedagogia dos oprimidos, Paulo Freire deixa claro que a libertação de oprimidos e opressores é um parto doloroso. E lembra: "O homem que nasce deste parto é um homem novo que só é viável na e pela superação da contradição opressores-oprimidos, que é a libertação de todos. A superação da contradição é o parto que traz ao mundo este homem novo não mais opressor; não mais oprimido, mas homem libertando-se" (*Pedagogia do oprimido*, cit., p. 38).

de nos libertarmos do ciclo fatídico que contamina, inclusive, o processo da hermenêutica do direito (e, em especial, o dos direitos sociais).

Acreditamos mesmo que, em uma perspectiva capitalista, em uma perspectiva individualista, consumista, enormemente consolidada, é muito difícil que a humanidade consiga reverter qualquer quadro. Difícil, mas não impossível — nunca devemos nutrir, se buscamos a humanidade que existe dentro de nós e dos outros, o negativismo (o realismo é o que devemos adotar, o que, por si só, desnuda a dificuldade de nossa tarefa). Neste sentido, a importância da percepção, pelo menos pelo instante, mais efetiva do contato com as *verdadeiras* experiências contra-hegemônicas[19]. Para romper o ciclo, inclusive no ato de interpretação do direito — e da vida mesmo —, é preciso que haja o rompimento de algo que é típico do atual momento: o pessimismo. Coisas do tipo: "mas a gente não tem possibilidade de sair disso", "isso é o máximo que a gente consegue", "não existem horizontes". Enfim, essa sensação constante de que nós estamos derrotados por essa realidade. Cremos aqui que se deva buscar o reforço da interpretação histórica — isto é extremamente importante, especialmente quando tratamos dos direitos sociais. Por exemplo, somente compreendendo na sua gênese os direitos sociais é possível entender as razões verdadeiras para a sua essência única e diferente dos direitos privados — mesmo com todas as limitações que já identificamos como premissa deste trabalho, há uma iniludível importância desta constatação para o processo de luta. Da mesma forma, é indispensável a leitura dos direitos humanos a partir de uma perspectiva histórica e não de imperativos categóricos. A visão histórica dos direitos humanos é capaz de nos devolver a nossa esperança, uma vez que somente sob essa ótica percebemos que o homem já viveu momentos melhores e piores. Não há que se ter nem mesmo o pior dos instantes como o final da história. A humanidade já

[19] A respeito do nosso conceito de contra-hegemonia, deve ser conferida a nota n. 9. Dali devem ser extraídos também os exemplos que entendemos contra-hegemônicos. Devemos ressaltar que a expressão é muito utilizada por Boaventura de Souza Santos. No entanto, o enfoque que damos para o tema é diferente do atribuído por aquele autor. Aliás, entendemos, a partir de nosso conceito, que muitas das experiências contra-hegemônicas colecionadas pelo autor, mundo afora, não o são. Assim, não concordamos com vários dos exemplos que são selecionados pelo sociólogo, em obra de coleção que coordenou denominada *Reinventar a emancipação social*. Desta coleção destacamos os seguintes volumes: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v. 1. 2003; *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v. 3. 2003; *Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005; *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v. 2. 2005.

resistiu a momentos horríveis, sendo o momento atual apenas mais um desses instantes terríveis, por mais tempo que ele perdure. Um dia passará, como tantos outros. A visão pessimista do homem conduz à desesperança, o que é terrível, por exemplo, na compreensão de fenômenos culturais — e de poder — como o direito. Pelos direitos humanos e numa prática mais intensa de direitos sociais, por exemplo, poder-se-á vislumbrar mais luz no fim dessa longa noite de escuridão (permitindo-nos a apropriação da frase de Berthold Brecht). É claro que deve sempre haver uma visão crítica e atenta do que se passa na realidade atual. Ser realista não é o mesmo que ser pessimista ou otimista. O realismo é apenas uma apreensão verdadeira e crítica dos fatos correntes. O pessimismo ou o otimismo revelam mais um estado de espírito.

De tudo quanto exposto, resta, no entanto, apenas uma pergunta realmente importante: há suficiência na retórica e prática dos direitos humanos para fazer suportar ou pelo menos corroer o sistema atual, transformando-o em algo mais próximo do que necessitam os seres humanos? Por ora, acreditamos que sim. Deve-se, pois, debruçar o trabalho na luta por metodologia para a leitura dos direitos humanos, tornando-os mais fortes para toda espécie de confrontamento que têm sofrido.

Enquanto não é possível romper com a atual estrutura capitalista, há que se ajudar na precipitação de sua corrosão, e uma certa quantidade disso está exatamente nessa identificação do outro e na percepção de métodos para tanto que podem remontar a uma nova estrutura de compreensão do direito. Na verdade, quem interpreta o direito tem aquela difícil missão de primeiro ultrapassar os seus valores próprios, e depois disso, ainda se depara com os valores do sistema. Quando, por exemplo, interpreta-se uma norma que envolve uma pessoa negra, uma mulher, um homossexual, toda carga valorativa que já dorme no intérprete, mesmo quando ele a desconheça, revelar-se-á. Aquilo que carrega do seu eterno ciclo apresentar-se-á. A necessidade, portanto, do verdadeiro conhecimento da condição do outro, enquanto ser humano, é indispensável para o ato de interpretação, para evitar, por exemplo, a discriminação. Como advogado, v. g., caso se aceite a causa de uma pessoa pobre, há que entender aquela causa e a pessoa que postula, até para poder fazer escolhas certas na estratégia de defesa. Assim, há que se encontrar desprovido de alguns preconceitos que não possibilitam a revelação desse universo que lhe é alheio. O preconceito fecha a nossa visão de uma tal maneira que às vezes até o óbvio, que poderia mesmo ser importante na revelação da verdade escondida nos autos de um processo, não se nos apresenta como claro. Então, a chave disso tudo é essa libertação. Essa libertação, enquanto ser humano,

para verificação do outro e fazer o exercício de compreendê-lo, para melhor entregar-lhe o que é seu de direito. Em direitos sociais, para a sua melhor interpretação, é indispensável que abandonemos a péssima ideia de que se faz do outro, especialmente o outro excluído, mais pobre. A imagem desse outro como alguém que quer tirar vantagem do sistema, que se coloca em situação de trapaceiro ou vagabundo, deve ser imediatamente afastada. É preciso ainda deixar de vê-lo como, ao entregar o direito, se estivesse fazendo uma hospitalidade, uma caridade. Não se trata de favor, mas sim da concessão de um direito. É de se abismar mesmo com algumas expressões utilizadas para os direitos sociais, tais como benefício previdenciário (benefício!), período de graça e coisas deste tipo. É de se perceber com tristeza mesmo frase comumente utilizada para um empregador que cumpre os direitos: "pelo menos meu patrão é bonzinho, ele nunca atrasou os salários". Com coisa que pagar os salários em dia fosse um favor e não uma obrigação legal. Essa imagem remonta àquela do meio rural, quando o dono da fazenda fazia agrados para os seus agregados, permitindo-lhes uma festa no seu domínio ou qualquer outra coisa de igual natureza. Isso tudo é muito comum na interpretação do direito social.

Também o é a velha e já surrada presunção de má-fé de quem postula o direito social, como já visto anteriormente. Assim, dá-se, por exemplo, com alguém que vai postular um auxílio-doença. Não é incomum a pergunta, oriunda mesmo do que é reproduzido nos noticiários de TV, se a pessoa não está fingindo a doença. A eterna presunção de má-fé em que é concebido o que busca o direito social. A desconfiança do opressor com as malícias, para enganá-lo, do oprimido — afinal, em tempos atrás, é sabido que o escravo fujão também era tinhoso[20]. Aliás, os direitos sociais foram demolidos no mundo inteiro, tendo como mais contundente e difícil de ser contornada a crítica de natureza moral, ou seja, as pessoas acreditam que alguém está querendo tirar, no estado social, alguma vantagem a partir dos

[20] A identificação de alguns problemas históricos na formação do Brasil contemporâneo e que se encontram presentes nas mais diversas manifestações culturais, aqui incluímos por óbvio o direito e sua interpretação, já era presenciada há muito por Caio Prado Júnior. Em interessante passagem, após tal constatação, faz a seguinte observação em nota de rodapé: "Pessoalmente, só compreendi perfeitamente as descrições que Eschwege, Mawe e outros fazem da mineração em Minas Gerais depois que lá estive e examinei de *visu* os processos empregados e que continuam, na quase totalidade dos casos, exatamente os mesmos. Uma viagem pelo Brasil é, muitas vezes, como nesta e tantas outras instâncias, uma incursão pela história de um século e mais para trás. Disse-me certa vez um professor estrangeiro que inveja os historiadores brasileiros que podiam assistir pessoalmente às cenas mais vivas de seu passado" (*Formação do Brasil contemporâneo*. 23ª São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 12).

direitos e que elas é que estão financiando ou subsidiando essa vantagem. É muito comum que algumas pessoas, sem perceber isso no direito, seja como juízes, seja como advogados, estejam "travadas" por essa lógica. Frequentemente, em vários telejornais, aparece alguém jogando uma muleta depois que pede um auxílio-doença. Claramente, se pretende estabelecer, com essas imagens jogadas nos nossos cérebros à exaustão, uma relação direta entre a atitude do "fraudador" (como todos o fossem) e o déficit que ele ajuda a produzir da previdência social. Aquele que interpreta, em matéria previdenciária, com esta imagem construindo a sua consciência, acaba por crer que as pessoas que postulam direitos sociais estão indo ao Judiciário de má-fé. Passa a existir uma dificuldade de aceitar aquela condição do menos favorecido sem qualquer tipo de preconceito. Então, essa presunção de má-fé, que não deveria existir na relação entre os homens, passa a regê-los — inclusive na perspectiva do direito, que é apenas mais uma das tantas dessas relações. Mas a presunção, especialmente na área jurídica, não seria a de boa-fé? A presunção de má-fé revela o total desconhecimento que o opressor tem do oprimido e também da condição no mundo que lhes foi reservada. No direito, em especial no direito social, ela é óbice para a sua verdadeira consolidação e construção de uma humanidade melhor.

Então essa perspectiva de má-fé vai sendo construída e consolidada de tal maneira que se passa a perceber o outro a partir da lógica de que ele vai nos enganar, o que no fundo apenas oculta uma realidade: o intérprete não conhece o outro. A realidade das pessoas que compõem este universo não é de querer passar os outros para trás. A realidade das pessoas é de que são trabalhadoras, e não vadias. No entanto, o imaginário de algumas pessoas vem sendo alimentado por isso, exatamente porque desconhece esse outro que está sendo postulante do direito social. Então, quando se aprecia a postulação desse direito, a leitura tende a ficar mais restritiva porque o intérprete utiliza uma série de impressões que nem sequer são pessoais, são fabricadas, e ele não consegue superá-las. Isso não se inicia no ato de interpretar o direito pelos seus diversos agentes; já se encontra presente antes mesmo do ato de enxergar o mundo do qual está impregnado aquele que interpreta o direito. Inicia no colégio dos nossos filhos e nos mais diversos estereótipos que estão ali sendo difundidos, mesmo que no mundo do politicamente correto. As *nuances* é que são terríveis, pois não são percebidas pelos próprios pais, que, na realidade, já foram forjados naquela realidade, e acreditam no seu íntimo em muitas daquelas ideias. Os nossos filhos forjados nessa perspectiva serão os alunos das Faculdades de Direito e os futuros advogados, juízes, promotores. Reproduzem aquilo a que

estão condicionados desde pequenos. A interpretação do direito, portanto, não poderá ser, com tamanhos equívocos na construção do ser humano que a realiza, outra — fatídica —, como se reproduzisse a *Crônica de uma morte anunciada*. A vigilância a que nos devemos submeter é, portanto, bem maior do que, muitas vezes, conseguimos enxergar: mas urge que nos esforcemos para enxergá-la[21].

O exercício de compreensão do outro é difícil até mesmo para o mais bem-intencionado dos homens. É um exercício de estar sempre se policiando. No mais das vezes, mesmo este não consegue alcançar a verdade da sua própria limitação. É muito difícil se dizer "eu tenho limites". É muito difícil fazer isso em uma sociedade de vencedores, em que se é extremamente estimulado a vangloriar-se dos seus acertos e não a aprender com os seus desacertos. Chega a ser frustrante, no momento atual, estar sempre vigilante para as próprias limitações e para "seus hábitos de pessoa menor". É um exercício desesperado de ser vencido todo dia por você mesmo. Não dá para fazer interpretação em direito, e em especial em direitos humanos, sem esses exercícios de vigilância consigo próprio e de alteridade. Ver o outro é ver alguém que está fora das suas fronteiras. Alçar essas novas fronteiras diariamente é um exercício dos mais árduos. E, não obstante, o direito não poderá reconstruir-se metodologicamente sem essa percepção.

Aqui se deve destacar novamente a questão da autonomia, muito trabalhada por Paulo Freire, como fundamental para os direitos sociais: ninguém é titular da autonomia do outro. Isso se revela como fundamental para a análise dos direitos sociais. Vejamos com exemplos. É corrente em direito, a partir especialmente das observações de Cançado Trindade[22], que

[21] Devemos vigiar não apenas os nossos pensamentos, quase completamente tomados pela leitura burguesa de mundo, mas também os nossos mais pequenos gestos. Uma respiração diferenciada, um gesto involuntário, um comportamento aparentemente comum... Enfim, em tudo estamos impregnados da consciência de classe burguesa — aliás, até mesmo em atos inconscientes, o que remete à seguinte pergunta: não seria, portanto e também, uma subconsciência de classe?

[22] Devem ser destacadas, aqui e como já fizemos em outros textos de nossa autoria, as seguintes objeções postas por Cançado Trindade no "Seminário de Direitos Humanos das Mulheres: a proteção internacional", evento associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizado no dia 25 de maio de 2000, na Câmara dos Deputados Federais, Brasília, DF: "Eu não aceito de forma alguma a concepção de Norberto Bobbio das teorias do direito. Primeiro, porque não são dele. Quem formulou a tese das gerações de direito foi o Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. (...) Em primeiro, essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade. Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida. (...) Essa conceituação de que

os direitos sociais não são segmentados em relação aos direitos individuais, devendo ser percebidos como uma unidade. Não há como falar, por exemplo, em inviolabilidade do domicílio sem se referir à preservação de direitos sociais. Não se pode mencionar, v. g., em intimidade, se não se tem direito social, porque se alguém não tem o seu próprio quarto, não está em um lugar privado, não pode fechar a porta e, enfim, fazer o que desejar.

Se a pessoa se encontra em ambiente onde muitos coabitam em um espaço apertado, em um único cômodo, por falta de condições financeiras, como é que se pode falar em direitos à individualidade, à intimidade e outros afins de primeira dimensão? Essas pessoas estão sendo cerceadas, constantemente, nessas prerrogativas. Não podem exercer na plenitude a sua autonomia. Veja-se a seguinte hipótese que envolve direitos sociais/direitos individuais e liberdade de escolha. Em um pedido de benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição, a mãe da autora — que a representava nos autos do processo — deixou claro, em seu depoimento, que, com a primeira parcela do numerário, desejava comprar uma porta. Em princípio, aquele que faz a leitura do processo poderá acreditar — tornando-se titular da autonomia do outro — que seria despiciendo entregar a alguém direito a um benefício assistencial para a compra de uma porta. No entanto, depois de prestar mais atenção no depoimento da mãe ao ler o laudo social, percebeu-se que se tratava de uma menina com cerca de 11 anos, com deficiência mental. Percebeu-se, também, que não havia porta no quarto da criança, mas apenas uma cortina improvisada, cheia de furos, e que o padrasto da criança era alcoólatra e bastante violento. É

primeiro vieram os direitos individuais e, nesta ordem, os direitos econômico-sociais e o direito da coletividade correspondem à evolução do direito constitucional. É verdade que isso ocorreu no plano dos direitos internos dos países, mas no plano internacional a evolução foi contrária. No plano internacional, os direitos que apareceram primeiro foram os econômicos e sociais. (...) Segundo, é uma construção perigosa, porque faz analogia com o conceito de gerações. O referido conceito se refere praticamente a gerações de seres humanos que se sucedem no tempo. Desaparece uma geração, vem outra geração e assim sucessivamente. Na minha concepção, quando surge um novo direito, os direitos anteriores não desaparecem. Há um processo de cumulação e de expansão do 'corpus iuris' dos direitos humanos. Os direitos se ampliam, e os novos direitos enriquecem os direitos anteriores". Mais adiante o autor assevera que esta divisão tem "causado grande dano à evolução dos direitos", dizendo que embora, v. g., não se tolere a discriminação no plano dos direitos civis e políticos, esta vem sendo tolerada em relação aos direitos sociais, econômicos e sociais, apenas pela razão de esses últimos pertencerem à segunda geração e serem de realização progressiva. Diante disso, preleciona que: "Então, vemos uma condenação absoluta de qualquer tipo de discriminação quando se trata de direito individual ou mesmo de direitos políticos, mas uma tolerância absoluta quando se trata de disparidades em matéria de salário, renda, e assim por diante. Em vez de ajudar a combater essa visão atomizada, essa teoria de geração de direitos convalida esse tipo de disparidades".

possível entender o temor da mãe pela falta de uma porta no quarto, com a constante exposição da garota. Aqui resta nítida a ligação entre o direito social e o direito individual. Somente com o benefício assistencial — direito social — seria possível a preservação de direitos individuais — intimidade e mesmo preservação da integridade física. Não se trata de direito meio para obtenção de um direito fim, como podem, equivocadamente, pensar alguns — quase reduzindo a importância dos direitos sociais a direitos meramente instrumentais[23]. Estamos diante de dois direitos que, para a sua existência, dependem mutuamente um do outro. Logo, se o titular do direito social deseja comprar uma porta, uma dentadura, uma bicicleta para o seu filho ou comida, ele é quem deve decidir. Caso contrário, ao dizer não ao direito, estamos dizendo não à autonomia da pessoa, simplesmente porque, enquanto intérpretes, nos encontramos em posição de superioridade para decidir se ela terá direito ou não ao benefício assistencial. Enfim, o opressor como titular da autonomia do oprimido por meio da dicção do seu direito.

O que a pessoa vai fazer daquilo que for concedido na perspectiva dos direitos sociais não é de interesse ou titularidade de quem é responsável, juridicamente, pela sua concessão. Não interessa a este se ela vai comprar uma porta, se ela vai comprar bicicleta para o filho dela, se ela vai colocar antena parabólica na sua casa pobre. Aliás, é comum mesmo que

[23] Assim, não conseguimos entender, como Maria Paula Dallari Bucci, que os direitos sociais sejam "direitos meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração" (confira-se o artigo denominado O conceito de políticas públicas em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas — reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3). A despeito dos belos exemplos trazidos à colação para ilustrar a afirmação, entendemos que o direito social é um fim em si mesmo e não mero instrumento para o gozo de direitos individuais. Aliás, a visão dos direitos sociais como se fossem meras garantias de direitos individuais diminui-lhes a extensão e os coloca na mesma lógica procedimental das garantias em geral — veja-se, por exemplo, o *habeas corpus* como mera garantia do direito à liberdade de locomoção. Assim, os direitos sociais vivem e possuem lógica jurídica própria, não sendo dependentes para a consolidação e construção de sua metodologia dos direitos individuais. Pelo contrário, muitas das vezes, é impossível atribuir-se aos direitos sociais a lógica de interpretação, por exemplo, dos direitos individuais. Ao transformá-los em meros instrumentos para obtenção dos direitos individuais, pode-se inclusive atribuir aos direitos sociais a mesma dinâmica de consolidação de pensamento destes, o que é totalmente inadmissível. Assim, direitos sociais não são garantias, mas direitos por si só — o que nos leva mesmo a outras conclusões. Nesta linha de pensamento, por exemplo, os direitos do trabalhador do art. 7º da Constituição Federal não são meras garantias, mas direitos em si. Aliás, direitos como ao adicional noturno ou de hora extraordinária, ao 13º salário ou a férias remuneradas não são instrumentais, nem garantidores de direitos individuais. São direitos em sua plenitude. Compõem, ressalte-se, o núcleo mesmo dos direitos fundamentais sociais do trabalhador.

ela queira coisas além de somente comer ou sobreviver, até mesmo porque esses são os modelos que o sistema passa para todos — inclusive os mais pobres — de sucesso, alimentado pelo consumo de bens não primários. Todos somos forjados nesta perspectiva e, portanto, não se deve buscar inibir, pela não concessão do benefício de direito social, que a pessoa mais pobre se insira neste modelo de consumo. Se alguma ajuda queremos dar aos mais pobres, devemos, isso sim, mudar o nosso próprio padrão de consumo e lutar contra o atual padrão de consumo inventado para a sociedade — inclusive, como já reconheceu, por exemplo, Herbert Marcuse, com um incentivo a consumirmos bens dos quais não necessitamos. Deve-se lutar para colocar no lugar do capitalismo o socialismo. Agora, aquele que é capitalista deve sê-lo na sua exata extensão e pensar na liberdade como uma prerrogativa de todos e não apenas de alguns. Caso contrário, não são liberais, mas sim oportunistas. Ora, ou se é liberal ou não se é. O liberal que concebe apenas a liberdade de alguns é um oportunista. Se não o fazemos, devemos permitir que todos tenham igual acesso no padrão capitalista — mesmo que esta seja uma ideia difícil de ser admitida por alguém que admire os textos marxianos e marxistas como é o nosso caso, acreditamos que não haja como se dimensionar de forma diferente e menor as liberdades dos excluídos. Então, cada vez que alguém concede um benefício social — seja agente da administração ou do Judiciário —, este pensa em dirigir a utilização do benefício social, da utilidade social. Uma verdadeira violência contra a autonomia do outro menos afortunado. Não parece, mas isso é uma equação que adentra o direito: concede-se um benefício ou não? E logo emerge: "Mas eu não posso dar o dinheiro para alguém que quer comprar uma porta ou uma dentadura. Afinal, tem gente precisando do dinheiro para comer". E isso certamente torna nebuloso o juízo do intérprete. Tem-se notícia de uma beneficiária de benefício assistencial que o queria para comprar uma dentadura. Uma dentadura para quê? Para conseguir emprego. Desdentada, ela ia aos lugares e não conseguia trabalho. Mas mesmo que não fosse por essa razão, ainda que o motivo fosse de índole estética — afinal, a pessoa pobre não pode ter vaidade? —, mesmo assim o concessor jamais poderia fazer qualquer juízo de valor sobre a utilidade do benefício a ser concedido, sob pena de o sistema implicar dirigismo e controle da vontade do outro — da vontade e desejo do outro mais pobre.

De forma geral, os opressores não percebem que a nossa redenção, enquanto seres humanos, encontra-se na libertação dos oprimidos. Liberdade em todos os sentidos, inclusive no anteriormente explorado. Nesse ponto, a importância da retórica e, mais, de uma teoria, bem construída,

dos direitos humanos é fundamental nesse processo de redenção de ambos, opressor e oprimido. E isso fica claro, pelo menos, em uma dimensão de sua investigação: na perspectiva da alteridade, da discussão do multiculturalismo e de seu cotejo com universalidade típica dos direitos humanos. A questão do conhecimento do outro leva ao autoconhecimento e vice-versa. Somente assim não há retirada da titularidade do poder que ao outro pertence. O empoderamento — palavra tão em voga — não se faz a despeito do titular do poder. Ninguém é titular de um poder que a outro pertence, ainda mais crendo que, a partir daí, empoderará essa pessoa. A própria pessoa é sujeito de seu empoderamento. No entanto, o outro não pode ser óbice, e sempre que possível deve ser coadjuvante desse processo de libertação do sujeito pela sua própria aquisição de poderes.

B) O direito social na lógica da intensificação da solidariedade — enquanto espaço para a consolidação da consciência da classe dos que vivem do trabalho

Ora, se essa apreciação moral continuar, cada vez mais, invadindo a seara da hermenêutica do direito, certamente esta deixa de ser expressão objetiva de toda uma coletividade e passa a se constituir em apreciação subjetiva de alguém — ou de algum grupo social. Passa a existir aquela velha e indevida confusão entre direito e moral no momento de um dos atos mais importantes da vida jurídica: a interpretação. O dia a dia dos direitos sociais, como visto, tem simplesmente aumentado o espaço de convergência entre ambos e a sua indevida promiscuidade em desfavor do titular daquela modalidade de direitos. No entanto, urge que lutemos contra a inexorabilidade de tal fenômeno e pela busca urgente da separação de ambas as searas. É urgente, pois, que façamos que o espaço reservado aos direitos sociais não seja habitado por apreciações de índole moral, o que, como percebido, somente redunda no maior aprofundamento das exclusões sociais de grupos menos favorecidos.

É interessante verificar que isso constitui a visão não apenas de um homem, consubstanciando a leitura de todo o grupo. Assim, há valores que não são necessariamente os de toda a sociedade, mas de certo grupo, que acaba se espraiando e fazendo parecer que a todos pertence. Esse processo de adoção de uma visão de classe[24], que mascara ainda mais e

[24] O vício de formatação decorrente de uma visão da classe burguesa já vinha identificado por Marx e Engels na seguinte passagem: "Os indivíduos que compõem a classe dominante possuem, entre outras coisas, também consciência e, por isso, pensam; na medida em que dominam como classe e

dificulta, em especial no que diz respeito aos direitos sociais, a lógica da interpretação, precisa ser destrinchado para o bem do direito e de sua validade como forma de expressão da humanidade — e não como forma da manutenção de uma estrutura específica de poder, geralmente ligada a essas ideias. Somente na ruptura da lógica do poder que faz imperar o direito é que conseguiremos melhores resultados — ainda que não totalmente, e não deve ser esta a nossa intenção no atual estágio da ciência jurídica — no sentido da corrosão da lógica individualista que reina no capitalismo. O direito, pois, nesta perspectiva da hermenêutica, pode ser importante contribuinte para que, ainda que apenas em pequena parte (mas não desprezível), a verdadeira vontade social venha à tona. Pode-se desmontar, pela interpretação, aquilo que, muitas vezes propositalmente, foi posto na sua origem e de maneira equivocada, como forma de convalidação da vontade de determinado centro espúrio de poder. É claro que aqui é muito importante que vingue a lógica da difusão do ator social a se constituir no intérprete — que passa a ser ato do mais simples dos membros de povo, ao buscar compreender o sentido de uma norma e apreendê-lo como forma de sua redenção. Por outro lado, quanto aos mais corriqueiros intérpretes da norma de direito social (juízes, advogados, promotores, agentes administrativos, somente para citar alguns), passamos, nesta perspectiva, a buscar desarmá-los dos vícios de interpretação antes mencionados. É claro que, em se tratando de questão afeta à ideologia, temos como certo que a tarefa não é fácil e revela mesmo a quebra

determinam todo o âmbito de uma época histórica, é evidente que eles o fazem em toda a sua extensão, portanto, entre outras coisas, que eles dominam também como pensadores, como produtores de ideias, que regulam a produção e a distribuição das ideias de seu tempo; e, por conseguinte, que suas ideias são as ideias dominantes da época" (In *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 47). Chamamos, ainda, atenção novamente para o livro já mencionado anteriormente de Michael Löwy, que advoga que o ponto de vista da classe proletária seria a melhor para a construção metodológica da ciência, com base, em especial, no seguinte argumento: "o ponto de vista de classe do operariado representa um nível cognitivo mais elevado porque para o proletariado o conhecimento mais perfeitamente objetivo de sua situação de classe é uma necessidade vital, uma questão de vida ou de morte; a verdade é uma condição *sine qua non* de seu triunfo como classe revolucionária: o proletariado 'recebe sua arma mais afiada das mãos da ciência verdadeira, da visão clara da realidade tendo vista a ação. Enquanto nas lutas de classes do passado, as ideologias mais diversas, as formas religiosas, morais ou outras expressões de 'falsa consciência' eram decisivas, a luta de classes do proletariado, guerra emancipadora da última classe oprimida, encontrou na revelação da verdade, ao mesmo tempo, seu grito de guerra e sua arma mais eficaz'" (*As aventuras*, cit., p. 131-132). A respeito, há que se atentar também para Marx e Engels, segundo os quais "essa subsunção dos indivíduos a determinadas classes não pode ser superada antes que se forme uma classe que já não tenha nenhum interesse particular de classe a impor à classe dominante" (*A ideologia*, cit., p. 64).

do mito da isenção — discussão típica das ciência sociais e que, no direito, ganha contorno próprio e que mais contunde, já que opera por meio de mecanismos oriundos do positivismo em sua vertente mais original (Condorcet, Augusto Comte[25]), aliada ao que dele se forjou com o positivismo jurídico (Kelsen).

Não se está aqui a vindicar para o direito o papel de único e mais relevante desarticulador da consciência da classe que hoje detém o poder. Isso seria ridículo, na medida em que dois dos maiores mitos da classe dominante (a liberdade e a igualdade) constituem a base da construção do pensamento jurídico hodierno. Tudo isso é obra que vai além do direito, sendo este apenas um dos espaços em que seria possível a desarticulação do mesmo sistema que o gerou. A construção da ideologia[26] se processa nas mais diversas formas de manifestações culturais. Dentre elas, o direito representa apenas uma pequena parcela de suas manifestações. No entanto, não se trata de espaço de todo desprezível, já que lida diretamente com o tema do poder.

Para desarmar o hermeneuta dos mitos antes identificados e de mais alguns abaixo descritos, bastante comuns à ideologia da classe dominante, e armá-lo com outros que possibilitem ao direito que seja a adequada expressão da humanidade, é necessário que analisemos com seriedade certos temas, muitos deles tidos como subsidiários quando se fala na construção do direito, outros tantos tidos como inabaláveis. Somente assim aquele que interpreta o direito não estará capturado. Neste processo, é importante, por exemplo, redimensionar o mito da liberdade/igualdade e perceber a questão na lógica também da instrumentalização — típica da ciência do direito, como já visto. Esta questão, no entanto, será objeto de encerramento deste trabalho.

[25] Aqui sugiro a leitura de COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva; discurso sobre o espírito positivo; discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo*. Trad. José Arthur Giannotti e Miguel Lemos, 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Série Os pensadores. Os postulados positivistas postos nestas obras chamam a atenção, mas o que mais impressiona é como, na parte que os positivistas preferem olvidar, ocorreu a concepção, por Comte, de uma estrutura dogmática para o positivismo — em certa parte de uma das obras mencionadas, chega a descrever a realização de um culto positivista. Tem-se, inclusive, a notícia de igreja positivista na cidade do Rio de Janeiro. Visitando o seu *site* <www.igrejapositivistabrasil.org.br> percebe-se a sua base nas lições de positivistas como Augusto Comte, pregando basicamente "o amor por princípio e a ordem por base; o progresso por fim".

[26] A respeito do tema da ideologia, veja-se a obra de MÉSZÁROS, István. *O poder da ideologia*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2004.

C) A interpretação e a aplicação do direito como indissociáveis de seu aspecto científico — uma demonstração a partir dos direitos sociais. A questão central do valor social do trabalho

Temos percebido, em especial por alguns autores de esquerda, um certo preconceito em relação ao papel do direito na transformação da sociedade. Compreendemos o que é dito, e talvez até estejam todos eles certos — já que o direito vem comprovando, nos últimos anos, se tratar de reduto mais de resistência aos ímpetos revolucionários e de um espaço de manutenção do *status quo*. No entanto, ainda que possamos compreender e até admitir grande parte das colocações feitas por estes autores, envolvidos na operação diária do direito, entendemos que não é possível se curvar à impossibilidade de, senão reverter este quadro, perceber a importância de se dominar o direito na sua práxis, para, de alguma forma, tentar aproximar-se daquela que deveria ser uma de suas verdadeiras premissas — a construção de uma sociedade mais justa. A despeito das objeções que possa fazer à premissa posta, em vista do serviço prestado pelo ordenamento jurídico na consolidação de bases para uma sociedade injusta capitalista, a práxis do direito revela o quanto seria possível se fazer se deixarmos de lado a aversão e o preconceito que vinga, em especial na esquerda, em relação ao mundo do direito. Compreensível a aversão, comprovada historicamente como correta, mas que, alimentada na perspectiva da práxis, somente auxilia na manutenção da própria intolerância com o direito e com a utilização deste para aumentar o controle na realidade capitalista. O direito, na perspectiva de quem o vive de forma diária, pode ser mais um dos elementos, talvez não o mais importante como já dito, de construção de uma sociedade mais igualitária. Há, nesse compasso, ainda que em uma perspectiva tática, que se utilizar, no dia a dia, de suas possibilidades redentoras e buscar a eliminação, ao máximo, a sua tendência, de se constituir em serviçal apenas de uma parcela da sociedade que tem o poder e que se utiliza do direito para a obtenção de suas finalidades mais espúrias. O mais importante, pois, é buscar interpretações que aumentem o poder daqueles aos quais o direito pode servir como forma de eliminação de injustiças sociais. Não é fácil, mas é possível, no cotidiano, processar-se e obter-se muito mais resultado de distribuição de bens — dentro do que é possível em um sistema capitalista e tendendo à perversão de alguns códigos espúrios deste sistema — por meio da práxis do direito. É claro que essa equação, por si só, não colocará fim ao capitalismo, mas acho que se equivocam os que leem o direito apenas na perspectiva da manutenção do *status quo*, e o desprezam quando falam na solução para a alteração do

atual estado das coisas. O simples discurso de sua eliminação no processo de solução é o mesmo que negar o óbvio: o direito existe, vem se aperfeiçoando e será, por muito tempo, um código do qual o poder vai se utilizar. Logo, é importante não colocá-lo apenas como parte do problema, mas buscar entender os seus signos e, a partir daí, posicioná-lo, na perspectiva da tática, como parte da solução. O preconceito, decorrente da negação pura e simples ao direito, parece-nos, fecha os olhos ao óbvio: a pertinência das estruturas jurídicas como uma realidade na equação do poder, que merece ser imediatamente enfrentada em suas dimensões filosófica e prática. As duas dimensões são indispensáveis para a compreensão do direito como ciência — e não mero instrumento de dominação — e necessárias no compartilhamento de soluções.

Enfim, deve-se entregar a mais este componente da disputa pelo poder, que não deixará de existir tão proximamente na vida da sociedade, uma leitura que mais chegue perto da vontade popular. Portanto, embora para alguns o direito se consubstancie em pura técnica de dominação, nada tendo de científico, acreditamos que essa crença excessiva no caráter meramente instrumental do direito tem sido estrategicamente prejudicial na perspectiva da concepção de uma tática no enfrentamento das questões do capitalismo. Gostaríamos de frisar que não há aqui qualquer pretensão meramente revisionista. Pretendemos a superação do capitalismo, ainda que se utilizando de meios, como o direito, que lhe são inerentes, para a obtenção deste fim. Há dados do capitalismo que, se bem utilizados, servem para evidenciar a sua contradição e precipitar a percepção mesmo de que se trata de modelo em crise e que ruma para o seu colapso. O direito é um desses elementos. Em tempos modernos, com discursos como o dos direitos humanos, fica evidente que há um nível de mercantilização do ser humano, próprio do capitalismo, que não é mais suportável. Os direitos humanos, ao colocar a questão e pretender soluções, fazem evidenciar a crise do capitalismo. A única dúvida que pode restar é se não traz em seu bojo também uma série de soluções que são muito próprias e confortáveis à estrutura capitalista. Acreditamos que a resposta somente virá com o tempo — pelo instante, advogamos que se trata de um discurso que deve ser concretizado em sua totalidade, já que, ao evidenciar as contradições do capitalismo, trata-se de discurso atualmente indispensável.

Retomando: há que se perceber que, enquanto importante elemento na equação do poder, o direito tem algo de científico. Somente assim poderemos evitar o desprezo total por ele e tê-lo como importante elemento

na luta pela classe dos que vivem do trabalho. Afinal, ciência é poder, técnica é instrumento. A redução do direito apenas a técnica[27] inviabiliza a percepção de seu conteúdo importante à preservação do poder. Devemos, pois, perceber o que há de científico no direito, para, aí influindo, auxiliar na desconstrução crítica deste baluarte do capitalismo.

Entendemos que a aplicação do direito, em certa medida, parece ser apenas a sua faceta instrumental. Aparente essa percepção, já que a aplicação, como veremos, insere-se na perspectiva da práxis, que não pode ser desprezada como menor, quando se analisa um ramo da ciência. Na interpretação, por sua vez, nesta sim, supostamente reside o aspecto científico do direito. Na interpretação, ao nos colocarmos em contato com a história, a filosofia, a economia, o direito parece se apresentar, somente aí, como científico. No entanto, havendo que se considerar não apenas a filosofia como o aspecto científico do direito, a práxis do direito (a sua aplicação revelada na imediata utilização das normas que o compõem) também deve ser considerada como científica. Não há que se separar práxis da investigação filosófica, sob pena de cairmos no erro de um idealismo que não nos leva a nada. Assim, também no direito. Não há, v. g., como se ficar fazendo apenas digressões filosóficas a respeito da diferença de direito e moral, há que se entender, como na prática diuturna do direito previdenciário, por exemplo, que há mais ilações de natureza moral na concepção e interpretação da norma do que as ligadas à justiça social. A compreensão desses fatos (e a criação de mecanismos que afastem, por exemplo, as dificuldades de concessão de um benefício previdenciário) aumenta a proteção da classe que vive do trabalho — auxiliando, no nosso entender, na intensificação de um processo de aumento de sua consciência[28]. Poder-se-ia objetar dizendo que este tipo de atitude somente posterga o ímpeto revolucionário, o que

[27] Como já vimos anteriormente, a dimensão científica do direito aparece na conjunção de ambos os dados (filosofia e técnica). Aqui, no entanto, mantivemos a separação apenas para atender àqueles que a veem como factível e para mostrar que, ainda assim, as consequências de uma noção meramente instrumental do direito são extremamente perversas e, a nosso ver, fruto de um preconceito, por parte de autores de esquerda, em relação ao próprio direito.

[28] Mostramos como isso se dá em outros artigos, como na série de artigos escritos no *Curso de Direito do Trabalho* (Coleção Pedro Vidal Neto, São Paulo: LTr). Hoje, talvez somente o artigo escrito para o volume II seria objeto de alguns reparos, em vista das leituras que fizemos, e que aqui foram citadas, de algumas obras de Karl Marx. Aliás, aquele artigo tem premissas mais bem trabalhadas neste texto. No entanto, o conjunto dos artigos mencionados dá a exata dimensão, conjugado a este, do trabalho que temos tentado realizar na consolidação da ciência do direito a partir de uma leitura dos direitos sociais.

sempre aconteceria com o direito. Não haveria possibilidade de se alcançar consciência onde há um processo de sua ocultação. E o direito seria sempre este espaço para que a consciência não aflorasse. Não acreditamos. Achamos pífia a alegação de que "por estar na lei, há uma acomodação de espírito". É uma alegação simplista, na medida em que a singela interposição da disposição na lei não garante a ninguém melhora de vida, há necessidade de uma luta incessante para que o que está posto na lei vire verdade. É pueril, pífio mesmo, acreditar que o povo, sabendo que o direito social está na lei (se é que sabe todo o seu direito social), deixará de buscar a luta pela concretização daquele direito. Ora, a previsão do 13º salário não inviabiliza a luta pela busca deste mesmo 13º salário no Judiciário — e de outras conquistas sociais. Pelo contrário, possibilita àqueles, prejudicados pela não concessão, a luta judicial. Pode-se objetar que o 13º salário, em si, coloca a questão meramente da eterna insatisfação na perspectiva da mais-valia. Não contestam isso; os direitos sociais, em geral, alimentam-se e são alimentados na lógica capitalista. No entanto, a cada conquista dessa natureza, em países pobres — não falamos aqui da hipócrita convenção dos trabalhadores ricos de alguns países europeus, que inviabilizou naquele espaço a verdadeira revolução dos trabalhadores e sua dispersão para os proletários de todo o mundo —, evita-se a miséria plena. Em um estado de miséria total, não há como fazer revoluções. A fome não é o combustível das revoluções. Gente com fome é presa fácil de ideias de qualquer natureza. Há, assim, lógica em se buscar direitos sociais em países pobres, fazendo que haja condições para a instauração da consciência de classe e do processo revolucionário. Não se trata, aqui, de reconstruir o pacto trabalho/capital que conduziu o Estado de Bem-estar Social e que foi desprezado posteriormente quando interessava mais ao capitalismo[29]. Nos países pobres do mundo atual, parece-nos pouco provável que os direitos sociais cumpram o mesmo objetivo que foram almejados nos países europeus, hoje ditos desenvolvidos, do início do século XX.

Passamos, a partir dessa dimensão, portanto, a analisar alguns aspectos dessa interpretação/aplicação, para mostrar, ainda mais, o papel tático que deve ser assumido pelo direito na luta eterna pelo poder.

Começamos com a necessidade de resgatar na leitura dos direitos sociais, na sua inteireza, o método histórico de interpretação. Acreditamos

[29] Não se pode dizer que, no momento atual de crise, este pacto não venha a ser futuramente considerado como uma possibilidade nos países desenvolvidos, observadas, é claro, algumas especificidades do mundo moderno.

que o método histórico conduza à compreensão originária dos institutos desta área do direito. A sua compreensão desde a origem auxilia para que ele possa ser percebido no seu presente momento.

A localização do instituto ou do ramo do direito na perspectiva histórica nos dá a dimensão de sua existência e de seus postulados fundantes. Somente assim podemos entender a razão histórica do surgimento do instituto. Trata-se de postura que evita que sejamos prisioneiros do hoje. A interpretação na perspectiva histórica situa-nos o instituto ou ramo, reafirmando a sua essência e a preservação de sua lógica intrínseca. Por exemplo, não há como se inviabilizar uma postura mais tutelar ao "hipossuficiente" nos direitos sociais, já que se trata, historicamente, da razão de seu surgimento, ou seja, a sua própria razão de ser em uma perspectiva distintiva dos demais ramos do direito. Caso não se localize historicamente este sentido dos direitos sociais, é possível acreditar que hoje eles possam ser algo diferente. Na verdade, não podem, sob pena de se tornarem indistintos dos direitos privados em geral (e do direito civil em particular). Os melhores exemplos são o próprio direito do trabalho e a seguridade social. Surgiram como forma de proteção em momentos de intensa exploração do trabalho, tratados como subvalor. Portanto, construídos a partir desta matriz, no momento em que o trabalho voltou a ser considerado como desvalor, é importante que a sua lógica seja retomada pelo direito e não abandonada sob a perspectiva meramente econômica. Retomada a lógica originária, é possível a retomada também do discurso e da prática da proteção dos trabalhadores por meio dos direitos sociais.

O método histórico aumenta o nível de solidariedade, já que liga gerações, que parecem não se conhecer nem se compreender. Consegue fazer retomar o curso do direito como elemento indispensável no processo de desenvolvimento da sociedade. Caso contrário, o intérprete será sempre refém das contingências. Auxilia-se, assim, no processo de consolidação da consciência de classe.

Passamos a exercitar, também aqui, algumas categorias que se mostram, a nosso ver, indispensáveis para a consolidação das premissas anteriores.

Já de início gostaríamos de frisar que as considerações posteriores possuem relevância na perspectiva da práxis do direito, importante para a consolidação dos seus aspectos científicos como visto e de uma perspectiva tática. Muitas das questões a seguir podem ser submetidas, pela perspectiva somente filosófica, a enfrentamento e talvez (?) não se sustentem nessa dimensão. No entanto, sendo o direito composto das duas dimensões, para a sua consolidação como ciência, a práxis, nesse instante, parece-nos ter função tática fundamental.

Iniciemos algumas dessas considerações.

Os direitos sociais são vistos como programas (art. 6º da Constituição Federal). Somente assim seria possível agregar questões tão díspares como habitação, lazer, educação ou trabalho.

No entanto, devem ser concebidos também, para o direito, essencialmente na perspectiva de sua subjetivação. Caso contrário, não se concretizariam como direito — não bastando o discurso de que há um reflexo negativo com a imposição do programa, ou seja, não se pode fazer algo contra o programa constitucional. Entendemos que a subjetivação está intrinsecamente ligada à essência do direito, já que, sem ela, acreditamos, não se possa entender o direito na perspectiva positivista. Assim, como há a titularidade à propriedade, há a titularidade ao 13º salário ou ao medicamento, passíveis de ser postulados também na esfera judicial. Sem isso não haveria o direito, já que a titularidade, na lógica da subjetivação, é componente indispensável à compreensão do direito. O direito não vinga apenas na perspectiva da *norma agendi*, mas também da *facultas agendi*. Logo, introduzir, no momento da aplicação do direito e para se inviabilizar o acesso aos direitos sociais no Judiciário, discurso referente às políticas públicas não é adequado, já que não se possibilita a comum atuação positivada do direito. O positivismo também é para ser usado no direito social — espaço fértil em especial para o pós-positivismo.

O resto é preconceito, comum aos direitos sociais como visto, referentes à suposta expropriação do bem ou serviço produzido coletivamente (ou para a coletividade) pelo sujeito individualmente considerado. Ora, se é possível a titularidade da propriedade, sem qualquer discussão referente a políticas públicas a ela relacionadas (ex.: a defesa da propriedade rural, independentemente da discussão de uma política pública de reforma agrária), da mesma forma é possível a titularização do direito social sem a discussão de políticas públicas. Caso contrário, não seria possível a positivação de qualquer direito social, já que estaria como constante refém das preferências políticas de certo grupo que detém o poder. O seu inadimplemento seria sempre passível de correr, já que desacompanhado de possibilidade coercitiva importante no plano individual[30].

[30] A respeito veja-se o nosso artigo A teoria da Constituição à luz da teoria da norma – um enfoque com destaque para as normas de direitos sociais. In *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 6. São Paulo: ESDC, 2005. p. 281-303.

Por outro lado, se há a horizontalidade dos direitos fundamentais de primeira dimensão, fazendo que haja a sua incidência imediata sobre as relações de natureza individual — independentemente mesmo de lei regulamentadora —, não há como se discutir a horizontalidade também dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Chamamos atenção ainda para uma interpretação que aumente a potencialidade da expressão "valor social do trabalho", constante do art. 1º, IV, da Constituição pátria.

No mundo atual, com o grande contingente de reserva formado, o trabalho por certo perdeu significativamente o seu valor econômico.

A única forma jurídica de o fazer "inflar" de valor, para que possa resgatar a solidariedade entre os trabalhadores e aumentar a consciência de classe, é uma interpretação no direito que não descuide desse fator. Portanto, se o valor econômico do trabalho é irrisório, o significado não lhe pode ser atribuído enquanto valor social constante da expressão constitucional. Logo, juridicamente, há que se conceber uma alternativa valorativa, real, coincidente com o que a Constituição denominou "valor social do trabalho". Portanto, cabe aos juristas aumentar o nível valorativo do trabalho, com um esforço de interpretação, nos casos concretos, neste sentido. No mundo capitalista, somente há uma forma de fazê-lo: incorporando ao custo de produção a necessidade de preservação do trabalho. Logo, não há outra alternativa: os juristas devem atribuir valor econômico às soluções que envolvem a depreciação do trabalho humano, por meio de interpretação jurídica, de tal forma que o valor deixe de ser desvalor e passe a valor.

A razão é óbvia: subvalorizado no mercado, o trabalho precisa de um outro valor — o social, insculpido constitucionalmente. A intepretação, em especial dos agentes envolvidos com os direitos sociais (com destaque para os direitos do trabalho e previdenciário), é que propiciará o contorno efetivo ao valor social do trabalho. Valorizado socialmente, por meio de categorias jurídicas próprias, embora subvalorizado economicamente, o trabalho poderá ser dimensionado a partir de perspectiva diversa daquela posta pela lógica capitalista. Este é um bom exemplo de tudo que estamos falando, ou seja, da importância tática que se pode entregar ao direito a partir dos direitos sociais.

O preenchimento do vazio desta expressão ("valor social do trabalho"), aumentando o nível de sua proteção jurídica, pode implicar que o trabalho passe a ser fator de produção mais caro ao capital do que os outros meios de produção. É óbvio que não se pretende, aqui, dar conta de questões

como a mais-valia e outras que remanescem na lógica da exploração capitalista. Trata-se, na realidade, de uma perspectiva tática.

Assim, o direito pode ajudar a promover essa valorização.

Que o trabalho, no atual contexto, venha sendo tratado como mercadoria não podemos desprezar. Que o direito cumpre importante papel na reificação também não desprezamos. Que o direito possa cumprir importante papel na desmercantilização, este o nosso desafio.

Senão vejamos.

Tomemos como exemplo o dano moral e a *punitive damage*. Se a quantificação do dano moral, em situações que envolvem relações de trabalho, fosse dimensionada de forma significativa e na mesma proporção da fundamentalidade do direito danificado com a qual está envolvida, certamente o valor do trabalho seria outro. Simplificando: o dano à pessoalidade, em relações como as trabalhistas, deve ser quantificado de forma extremamente elevada — na mesma proporção do valor do bem de vida danificado. Nessa lógica, há uma nova incorporação do trabalho ao seu titular — o trabalhador — com entidades únicas. Ofende-se o trabalhador, ofende-se o homem que trabalha, deixando de ser vislumbrado na perspectiva de mera mercadoria. Ou para o sistema capitalista continuar sendo visto como tal, trata-se de mercadoria extremamente cara, a qual prefirimos não incorporar constantemente nos nossos custos — sendo melhor preparar o ambiente de trabalho, para evitar o dano moral ao trabalhador. Será melhor fazer políticas preventivas de saúde do que pagar, por danos materiais e morais, ao trabalhador pelo desmazelo com a sua saúde. A quantificação bastante onerosa — no tamanho do bem onerado — ao dano moral daria grande contribuição para o processo de se resgatar a humanidade que deve vingar em que cada uma das relações jurídico-trabalhistas.

Pelo justo valor atribuído a essa mercadoria ou pelo processo de humanização, na lógica capitalista, poderá o valor agregado ao trabalho ser o mais caro no fato de produção e, somente assim, será possível que de desvalor o trabalho se converta em valor. A equação seria a seguinte: desvalor econômico compensado por valor jurídico. É óbvio que o valor do trabalho depende muito mais do poder de mobilização dos trabalhadores e de sua força reivindicatória — ou seja, de sua força política do que jurídica. No entanto, como temos insistido, o direito é apenas mais uma das searas de luta dos movimentos sociais, e que não deve ser totalmente desprezado.

De desvalor econômico a valor social, buscado na perspectiva jurídica — a trajetória da ruptura do modelo atual, do aumento da solidariedade e da consciência de classes[31].

D) O princípio da igualdade como técnica de efetivação dos direitos sociais — um elemento capital na consolidação de uma tática[32]

D.1) Introdução — a igualdade como postulado indissociável da solidariedade

Temos, há algum tempo, desenvolvido um conceito de direito social que o considera em toda a sua abrangência. Partindo do extenso rol do art. 6º da Constituição Federal, temos conceituado os direitos sociais a partir da noção de hipossuficiência de *status*[33]. No entanto, como não desejamos nos estender em relação ao tema, devemos apenas sintetizar afirmando que

[31] Quando nos colocamos, por exemplo, em defesa da renda mínima, usamos argumentos em seu favor que propiciam um efetivo aumento da solidariedade. A respeito, confira-se o seguinte trecho de texto que produzimos há alguns anos: "Por exemplo: é de todos sabido que o direito do trabalho precisa revisitar alguns de seus conceitos clássicos para melhor se adaptar à atual realidade. No entanto, somente em um estado em que há um mínimo de bem-estar social, é possível conceber-se relações trabalhistas mais justas. Neste contexto, por exemplo, a renda mínima poderia servir em muito à evolução do direito do trabalho e à da economia como um todo. Assim, com uma renda mínima, v. g., é muito mais fácil conceber-se um trabalhador que melhor vindique os seus direitos. Ora, sabedor de, mesmo que despedido, terá uma renda a lhe garantir a subsistência, poderá com mais tranquilidade barganhar e lutar por melhores condições de trabalho. Melhor para o trabalhador, considerado individualmente. Melhor para o trabalhador, considerado coletivamente. Melhor para a evolução das relações de trabalho. Melhor para o Estado. Por outro lado, até sob o viés minimalista das relações de consumo, uma renda mínima poderia ser implementadora de um crescimento econômico" (Renda mínima: uma apresentação. In *Renda mínima*. São Paulo: LTr, 2008).

[32] Esta parte do texto foi publicada inicialmente na *Revista do Advogado* (AASP) n. 97 (maio de 2008). No entanto, entendemos pertinente a sua reprodução neste artigo. A razão é clara: sempre buscamos entregar ao método que utilizamos para a leitura do direito um aspecto que lhe agregue importância para a práxis. Então, a despeito de as lucubrações teóricas anteriores terem relevância para a construção de uma interpretação em direitos sociais, é relevante que deixemos claro como, na prática, isso se processa. Assim, achamos que tema importante como o da igualdade seria relevante para as nossas conclusões e para aumentar a efetividade dos direitos sociais nos tempos atuais. Daí a indispensabilidade de se reproduzir tal texto no bojo deste artigo.

[33] A respeito confira-se o artigo O que é direito social?, que publicamos conjuntamente com Jorge Luis Souto Maior na obra *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. V. I (coleção Pedro Vidal Neto). Da mesma forma, pedimos licença aos leitores para reproduzir a seguir e nesta introdução pequeno trecho do artigo denominado Considerações finais: um certo olhar a envolver as relações individuais de trabalho, publicado no volume II dessa mesma coleção, pela mesma LTr, agora no ano de 2008. Trata-se de síntese importante do nosso atual pensamento e que é indispensável para que se entenda a nossa visão do tema em análise.

o direito social permeia tanto as áreas do direito público quanto as do direito privado — não se constitui em um terceiro gênero, a nosso ver. Daí a facilidade de se entender os exemplos que daremos a seguir em algumas áreas do direito público e do direito privado, inserindo-os na lógica dos direitos sociais. Como último tópico desta análise, tentaremos destacar a questão à luz mais especificamente dos direitos do trabalho e da seguridade social.

Antes, porém, façamos algumas observações propedêuticas, necessárias para o enfrentamento do tema.

No caso específico do contrato de trabalho, deve-se lembrar sempre que, no sistema capitalista, a igualdade vem sendo tratada mais na perspectiva apenas de que se está dando condições (uma suposta liberdade) ao trabalhador para vender a sua força de trabalho. Sem empecilhos de qualquer natureza, ele se colocaria na relação contratual — figura tipicamente liberal —, para poder vender a sua mercadoria. Para a consolidação de uma lógica neoliberal, a figura do contrato é bem mais apropriada do que a da admissão da simples relação de trabalho. Aliás, não são poucas as tentativas de se mitigar o rigorismo desta figura e seus vícios de origem, como a ideia de contrato realidade (De La Cueva).

Na perspectiva exposta por Pasukanis, mesmo a ideia de relação jurídica (ou ainda a de contrato realidade) seria insuficiente para fazer superar as limitações que a abordagem legal das relações individuais é capaz de construir. Não possuindo qualquer poder sobre os meios de produção, visto que é apenas detentor de um desses meios (a força de trabalho), e sequer o real proprietário da sua disponibilidade, o trabalhador jamais conseguiria, pelo direito individual do trabalho, uma justa retribuição contratual pela mais-valia. Como bem lembrado por Alcides Ribeiro Soares:

> "Tudo sob o capitalismo se transforma em mercadoria, inclusive a força de trabalho. Sob o capitalismo, o trabalhador é livre, livre em dois sentidos: pode vender livremente sua força de trabalho, sua capacidade de trabalho, ao capitalista x, y ou z, e também porque, não possuindo meios de produção para produzir seus meios de subsistência, está disponível para ser submetido ao trabalho assalariado. Por outro lado, é necessário considerarmos que, na realidade, o trabalhador assalariado, por ter de vender sua força de trabalho à classe capitalista, vive subjugado a esta, e, conforme afirmativa marxiana de 1867, 'a ilusão de sua independência se mantém pela mudança contínua dos seus patrões e com a ficção jurídica do contrato'. Cabe aqui, ainda, lembrarmo-nos de que por haver um contrato entre o trabalhador assalariado e o capitalista, a mais-valia — o valor criado durante a parte da jornada de trabalho que constitui o tempo ex-

cedente é expropriado gratuitamente pelo capitalista — fica velada, escondida, deixando a aparência de que todo o trabalho é pago, quando, na realidade, existe aí o trabalho pago e o não pago"[34].

É clara à estrutura capitalista, assim, a necessidade de fazer afirmar a existência de um contrato individual do trabalho, já que se trata de uma forma de se conceber, pela perspectiva contratual, a ideia de autonomia (liberdade) para o ato de contratar. É interessante ressaltar, para o entendimento da idolatria da figura contratual, a seguinte passagem:

> "Ora, durante muitos séculos, a dominação de classe pressupôs a existência de vínculos de subordinação pessoal, tornando o homem dependente de outro homem, não sendo ele livre para dispor de si próprio, não podendo oferecer a sua própria capacidade de trabalho como mercadoria, no mercado. A liberdade e a igualdade não reconhecidas, nem percebidas como 'necessárias' à condição humana. Então, a primeira observação que eu quero fazer é a respeito desse vínculo essencial que pode ser estabelecido entre a emergência da relação de capital e o surgimento das categorias da liberdade e da igualdade. É somente em um momento preciso da história, sob uma estrita determinação social, exatamente quando as relações de produção capitalistas vão se constituindo, que a liberdade e a igualdade aparecem como se fossem inerentes à própria natureza do homem. Por que essas categorias, por tanto tempo ignoradas, por tanto tempo negadas, agora se tornam imprescindíveis para a própria identificação da humanidade do homem? A emergência das categorias da liberdade e da igualdade faz com que o homem se transforme em um sujeito de direito; o homem — qualquer homem — passa a ser dotado da mesma capacidade jurídica, podendo realizar atos jurídicos, celebrar contratos. Uma vez investido de personalidade, o homem, agora sujeito de direito, pode vender seus atributos, seus predicados, de tal sorte que podemos dizer que a liberdade do homem é o seu livre consentimento: o momento mais elevado da realização da liberdade é o momento em que o homem manifesta a sua vontade de dispor de si mesmo por tempo determinado através de uma troca de equivalentes"[35].

Cada vez mais, percebemos que há que se ter cuidado com essas categorias, quando analisadas à luz do direito. Ainda que admitida a estrutura contratual, tipicamente liberal, quando se prestigia a liberdade do trabalhador, deve-se fazê-lo, na lógica do direito, de forma a desprendê-la da simples perspectiva de que sua força de trabalho é mera mercadoria. Devemos enfeixar sempre o homem e a sua força de trabalho no mesmo ambiente para que a proteção jurídica não seja apenas proteção que leve em consideração a mercadoria contratada e não o homem com a qual confunde. Logo, o direito individual do trabalho, por meio das suas diversas categorias, tem uma função não simples no mundo atual. Em pleno momento do discurso dos direitos humanos, deve-se aproveitar desta lógica para se fundir novamente homem e força de trabalho. A proteção à força de trabalho é a proteção ao homem-trabalhador e vice-versa. Logo, deve-se fugir de soluções simplistas que impliquem apenas o pagamento (pouco efetivo na lógica dos direitos humanos) da mercadoria, sem se lembrar do homem que esta oculta. Assim, parece-nos que discussões que envolvem, por exemplo, adicionais de insalubridade e periculosidade, e sua incidência sobre valores ínfimos, mais atendem a uma perspectiva de liberdade/igualdade que merece ser superada. A proteção deve-se fazer efetivamente ao homem trabalhador, sem se considerar apenas o valor (o desvalor, que é o que presenciamos atualmente) da mercadoria força de trabalho. Essa discussão é extremamente pertinente quando tratamos, por exemplo, de aspectos referentes à proteção da saúde do trabalhador e ao ambiente de trabalho, aspectos mais importantes do que a admissão da existência de uma insuperável (nem sempre verdadeira) insalubridade e periculosidade, ocasionadas ao trabalhador, e pagas mediante adicionais.

Deve-se valorizar a solidariedade como forma de se obter as verdadeiras liberdade e igualdade. Igualdade e liberdade como construções burguesas devem ser superadas, sob pena de a relação contratual servir apenas ao processo indesejável de reificação do trabalhador. É claro que, na perspectiva capitalista, entendemos insuperável o tratamento da força de trabalho como mercadoria — sendo insuficiente mesmo a gramática dos direitos humanos. No entanto, para a superação desse modelo, faz-se útil, ainda, que toda e qualquer interpretação jurídica busque almejar a proteção efetiva do homem escondido atrás do contrato (ou relação) trabalhista. Há que se buscar o posicionamento do trabalhador como verdadeiro sujeito, não apenas no momento em que coloca a mercadoria (força de trabalho) à disposição do empregador, mas em todos os instantes da relação de trabalho. Deve ser tido sempre como sujeito que não se desprende da sua parte da obrigação pactuada — prestar o trabalho, mediante o uso de sua força. Não há como conseguir a solidariedade entre trabalhadores sem que estes possam, ainda que nas relações individuais de trabalho, ser vistos como

[34] Relações entre sociedade, direito e economia. In *Direito, sociedade e economia — leituras marxistas*. São Paulo: Manole, 2005. p. 8 e 9.

[35] NAVES, Márcio Bilharinho. Direito, circulação mercantil e luta social. In *Direito, sociedade e economia — leituras marxistas*. São Paulo: Manole, 2005. p. 26 e 27.

homens e não como coisas (mercadorias). Afinal, coisas não são solidárias; homens, sim, podem ser solidários. Logo, cada interpretação jurídica no plano das relações individuais do trabalho se faz importante para devolver ao homem a sua dimensão humana, auxiliando para que se possa afastá-lo do processo de reificação em que está envolto e contribuir para a otimização da consciência de classe.

Gostaríamos de ressaltar, já inicialmente, que é sob os influxos dessas bases que procuraremos levantar algumas questões a respeito da igualdade no âmbito dos direitos que mais diretamente importam aos trabalhadores na atualidade: os direitos sociais (com destaque para os direitos previdenciário e do trabalho).

Portanto, desde já tentamos mostrar a insuficiência atual da noção de igualdade, quando analisada de forma isolada. Ressaltamos também que a igualdade somente ganhará dimensão como técnica de efetivação dos direitos sociais quando for vislumbrada sob a lente da solidariedade. Caso contrário, acreditamos que poderá dar ensejo à visão liberal acima rechaçada.

D.2) A isonomia como um dos elementos basilares das teorias da justiça

De ninguém é desconhecido que o Estado de Direito é aquele que sobrevive do império das normas. Ao Estado de Direito, expressão mais importante em determinados momentos da história da humanidade, foi incorporado, com o passar dos anos, o adjetivo democrático. O Estado poderia ser autoritário ou democrático. O Estado de Direito (do império das normas), portanto, poderia ser ou não democrático. Com a inclusão da adjetivação acima, nas Constituições modernas, pretendeu-se dar fim a esta possibilidade, extremamente nefasta.

Lembremos, acompanhando José Afonso da Silva, que "o Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*"[36]. Esse processo de transformação, por sua vez, é concebido no contexto de uma sociedade livre, justa e solidária[37]. Há que se ter como

[36] *Curso de direito constitucional positivo*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 99.

[37] Ibidem, p. 106.

certo também que a democracia, como o próprio nome indica, é o ambiente mais fértil para a concretização da igualdade entre os homens. Logo, a consolidação do Estado Democrático de Direito busca uma sociedade justa e solidária, fincando raízes a partir especialmente da ideia de igualdade/solidariedade.

Assim, é correto dizer que, especialmente a partir da ideia de Estado Democrático de Direito, a preocupação com a igualdade passa a ser foco nas mais diversas teorias da justiça — não que, antes, isso não estivesse se dando, mas, a partir daqui, acentua-se essa preocupação. Aliás, isso decorre mesmo do fato de que, na democracia, o postulado fundante é a igualdade. É claro que, dependendo da forma que se encarar o conceito de democracia, a igualdade também será vista de forma diversa. Como temos como democrático o Estado que busca, em especial, a justiça social — logo, a justiça distributiva —, a igualdade que vislumbramos somente pode ser percebida no ambiente da justiça social. Daí a importância da noção de solidariedade para a consolidação do ideal de igualdade.

O lugar central ocupado pela noção da igualdade nas teorias da justiça pode ser revelado, por exemplo, a partir da leitura do liberal John Rawls[38]. Aliás, sintetizando a questão da igualdade na teoria de Rawls, são interessantes as seguintes observações de Philippe Van Parjis: na construção do "princípio da diferença", John Rawlls, para não cair na armadilha do problema dos gostos dispendiosos, evita o seu condicionamento a utilidades ou ao bem-estar, criando figura conhecida como "bens sociais primários". Em resumo, seriam "condições indispensáveis e meios gerais que permitem a cada um perseguir a realização de sua concepção de vida: a riqueza e a renda, os poderes e as prerrogativas e as bases sociais do autorrespeito. O que o princípio afirma, consequentemente, é que se trata de maximizar a sorte (em termos de renda, poderes etc.) do mais desfavorecido (nesses mesmos termos). Dito de outro modo, afirma que somente são legítimas as desigualdades de renda, poder etc. que contribuem para melhorar a sorte dos mais desfavorecidos"[39].

[38] Confira-se em especial *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Há que se ler ainda *Justiça como equidade — uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Nesta segunda obra, o autor já, em seu prefácio, anuncia um de seus objetivos como sendo o de retificar "as falhas graves de *Uma teoria da justiça* que obscureceram as principais ideias da justiça como equidade, que é como denomino a concepção de justiça apresentada naquele livro. Como ainda confio naquelas ideias e acho que as dificuldades mais importantes podem ser sanadas, resolvi elaborar esta reformulação".

[39] *O que é uma sociedade justa?* São Paulo: Ática, 1997. p. 146 e 147.

Além de Rawls, para outros autores, como Duncan Foley, a preocupação da isonomia como elemento indispensável para a criação de uma teoria da justiça é bastante presente — aqui se destaca o desenvolvimento da ideia de isonomia a partir da não inveja (ou seja, a igualdade na perspectiva de que ninguém deseje o bem do próximo como melhor e como seu parâmetro).

Dentre os economistas da atualidade, alguns também propuseram a equação liberdade/igualdade como sendo centrais para a solução dos problemas de mal-estar social — na lógica mais da desigualdade socioeconômica.

Um daqueles que, mais de próximo, ataca o problema é Amartya Sen[40], que começa a discussão com a famosa pergunta: igualdade de que? (de renda? de felicidade? etc.).

Por outro lado, como se percebe, a desigualdade já no plano social mesmo — e não meramente individual — é uma das fundadoras da preocupação das mais diversas teorias da justiça. No entanto, esta modalidade de desigualdade gera outras que são sentidas, muitas vezes, no plano das minorias — mulheres, negros, homossexuais e outros, todos ocupando, atualmente, o discurso dos direitos humanos na lógica da inclusão social. Nesta linha, é interessante vermos algumas dicotomias geradas pela tensão dessas desigualdades de minorias com outras, de natureza social (ligada aqui à ideia de exclusão social por hipossuficiência econômica).

Comecemos citando Claus Offe[41] em quem resta claro, a certa altura, que um dos motivos da falência do Estado de Bem-estar Social foi exatamente a cisão na luta social criada pela existência de movimentos de minoria (negros, homossexuais, mulheres etc.). Chega a lembrar que os países onde há maior grau de desenvolvimento social são aqueles em que há maior homogeneidade social (inclusive racial, como os países escandinavos).

Esta é uma questão que muito interessa ao discurso atual dos direitos humanos. De um lado a universalidade e do outro as particularidades dos grupos. Como sermos universais e respeitarmos as diversidades ao mesmo tempo? Como fazê-lo como sinal de prestígio do postulado da igualdade?

[40] *Desigualdade reexaminada.* São Paulo/Rio de Janeiro: Record, 2001.

[41] Achamos fundamental para a compreensão da questão da crise do *Welfare State* a obra *Capitalismo desorganizado*, cit.

Mesmo que se possa entender que os direitos de minoria confrontaram as políticas dos Estados de Bem-estar — muito mais ligados a uma noção de empregados como grupo focalizado —, entendemos que políticas de bem-estar podem e devem contemplar a noção de minorias. Isso não levaria a uma ruptura no Estado de Bem-estar eventualmente a ser concebido nas jovens democracias de países pobres como o Brasil. Trata-se de um Estado de Bem-estar com novas conformações, distintas daquelas que o caracterizaram no seu auge (*Welfare State* com premissas teóricas assentadas em Keynes).

Assim, se com a nova conformação do mundo do trabalho os trabalhadores supostamente deixaram de ser o foco das atenções, inclusive de políticas públicas, o discurso atual é que a inclusão deva se processar pelas minorias. Esta seria supostamente a premissa. No entanto, a entendemos questionável, especialmente nos países pobres da América Latina — onde o discurso da flexibilização dos direitos trabalhistas olvida-se que não passamos efetivamente de um Estado de Bem-estar Social. Nessas sociedades, cremos que a ideia de fim dos empregos deva ser vista com muitas ressalvas, sob pena de precarização ainda maior das relações trabalhistas.

E reforçamos, aqui, o papel do mundo do trabalho em países pobres, nos quais muitas das discriminações, nesse universo, se iniciam na perspectiva das minorias — seja no próprio ambiente do trabalho, seja no ambiente externo pelo fato de que estes grupos têm a sua participação amesquinhada na esfera do trabalho. Como exemplo, citaríamos as discriminações no mercado de trabalho, por exemplo, a mulheres e negros. Tais discriminações certamente inviabilizam a detenção de poder (em especial econômico e político) que é claramente estabelecida pelo acesso ao mundo do trabalho. Logo, o universo do trabalho determina em muito a exclusão na participação social dos grupos minoritários. Se mais gerentes fossem negros, se mais juízes fossem pessoas com deficiência, se as trabalhadoras fossem remuneradas de forma igual aos homens, certamente que a lógica existente seria confrontada.

Não deixamos de dizer que esta é uma tese ainda incompleta, mas que levantamos para que outros possam melhorá-la — até porque não ocupa o centro de nossas investigações no tema em análise.

É claro que, por outro lado, se alguns percebem na homogeneidade racial fator favorável ao desenvolvimento do bem-estar social, entendemos, de forma oposta, que a heterogeneidade possa vir a ser o grande espaço para a criação de uma sociedade melhor e baseada em postulados mais efetivos de justiça. Basta ver a diversidade de soluções culturais que pro-

pícia. Na pós-modernidade, encontram-se em vantagem, no nosso sentir, aqueles que apostam no aprofundamento da heterogeneidade racial.

Por outro lado, deve-se perceber fatos, atualmente ocorrentes, que indicam que os movimentos de minoria estão se aproximando do "mundo do trabalho", onde podem fazer valer de forma mais efetiva os seus direitos. Como exemplo, ter-se-iam os movimentos ocorrentes, poucos anos atrás, contra a queda de dispositivo legal trabalhista que protegia, na Itália, os trabalhadores contra dispensas imotivadas — que se transformou em verdadeiro movimento contra o neoliberalismo. Este movimento agregou desde grupos de defesa de homossexuais até de negros, de mulheres, da paz, da ecologia etc. Assim, a desigualdade no mundo trabalho e a mobilização dela decorrente agregando diversas minorias passam a ser elementos fundamentais para a reconstrução em especial dos direitos sociais.

O que se pode dizer, em conclusão, é que a ideia de igualdade é capital para a construção de qualquer teoria da justiça, especialmente a partir da emergência da noção de Estado Democrático de Direito.

Vejamos, agora, como o direito opera a equação da igualdade como capital para, no nosso pensamento, aumentar a solidariedade entre os grupos oprimidos — em especial os trabalhadores.

Deixamos, pois, de trabalhar com a noção de igualdade como postulado ético em que estão fundadas as atuais teorias de justiça para percebê-la como técnica. Aliás, e nos parece óbvio, técnica a serviço do próprio postulado ético.

D.3) A igualdade como técnica para otimização de direitos sociais

Ora, se a igualdade é capital na construção da teoria da justiça, esta ocupará papel relevante na construção do direito e de seus instrumentais. Assim, além de pilar das teorias da justiça, a isonomia deve ser tratada como técnica fundamental para a instrumentalização do direito na persecução de seus fins. Voltemos a ressaltar: igualdade como técnica. Isso mesmo, em uma visão de direito muito mais instrumental do que científica — evitando, aqui, a celeuma sobre a questão, que já enfrentamos em outras oportunidades —, teríamos a igualdade como a técnica capital para a construção da justiça. Enfim, uma visão estratégica da igualdade na lógica do direito.

Posta dessa forma, há que se analisar, por meio de exemplos nos diversos ramos jurídicos, a posição estratégica do princípio da igualdade na construção deste Estado Democrático de Direito.

Ao analisarmos alguns ramos como o direito civil, poderemos vislumbrar, mesmo no seu bojo, a utilização dessa técnica para a consolidação do conceito de direitos sociais. Assim, mesmo em ramos do direito essencialmente ligados ao liberalismo pela sua própria essência — centrado em noções como autonomia privada, contrato etc. —, como o direito civil, é interessante perceber como as noções de igualdade e liberdade passaram por profundas revisões. Essas revisões implicam a possibilidade de se vislumbrar mesmo nesses espaços um ambiente fértil para a consolidação do conceito dos direitos sociais.

Já de início, percebendo essa técnica, gostaríamos de destacar os conceitos dados por juristas para igualdade.

Defende Konrad Hesse[42] que "o princípio da igualdade proíbe uma regulamentação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente". Por outro lado, deve-se ter em mente que "os conceitos de igualdade e de desigualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações"[43]. Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, "é agredida a igualdade quando fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão do benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto"[44]. Ora, é óbvio que existente um fator de distinção, logicamente aceito, inexiste atentado ao princípio constitucional. No entanto, como a constituição vive do mundo que a cerca, a interpretação constitucional sugere uma dinâmica muito grande na construção do conceito de igualdade.

Feitas as considerações iniciais, passamos a analisar alguns aspectos de como podemos utilizar essa técnica em busca da justiça social. Destacamos, para tanto, alguns ramos do direito, para, somente após, ingressarmos no que há de mais nobre dos direitos sociais: o direito do trabalho e o direito previdenciário. Devemos destacar, já de início, que, embora os direitos civil e processual civil, em princípio, não pudessem ser considerados,

---

[42] Apud BECKAUSEN, Marcelo Veiga; LEIVAS, Paulo Gilberto Congo. Eficácia dos direitos fundamentais – direito à igualdade: ação civil pública proposta com objetivo de equiparar, para fins previdenciários, as relações heterossexuais às homossexuais. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, maio 2000. p. 17.

[43] Seabra Fagundes citado por SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

[44] Cf. a obra *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 38.

no seu todo, como direitos sociais, há alguns elementos deles que merecem ser analisados a partir da lógica destes últimos. As observações concernentes a ambos deixarão clara a importância de análise de alguns de seus pontos para os direitos sociais.

1. No direito civil

Começamos, propositalmente, pelo direito civil, já que neste a autonomia das partes é o cerne de sua construção. Temos verificado o redimensionamento dessa liberdade das partes — típicas dos ramos de direito privado —, a partir do posicionamento da igualdade. É interessante reparar que, atualmente, o direito civil tem buscado a proteção do mais débil na relação ali estabelecida — em alguns instantes de forma mais eficiente até mesmo do que o direito do trabalho.

Em artigo escrito para a obra *Curso de direito do trabalho*, volume II (direito individual do trabalho), publicada pela LTr, em 2008, tivemos a oportunidade de revistar a questão fazendo críticas a artigo de abril de 2003, denominado "O contrato individual do trabalho no contexto neoliberal: uma análise crítica" (*Revista LTr*, n. 4, São Paulo, ano 67, p. 422/429). As premissas ali assentadas são as mesmas, com a conclusão da existência dessa simbiose promovida entre o direito do trabalho e o civil e de que os institutos de direito privado, inclusive o contrato, passaram a se "socializar" e os de direito social passaram a se "civilizar". E percebemos que:

> "Quando cotejamos as duas realidades, vemos, feita a análise cuidadosa de cada uma das reformas processadas, que o direito social tende a diminuir o grau de proteção, ainda que vista a questão pelo viés do procedimento. Já os direitos privados se encontram, em nosso país, em busca de paradigmas assentados em princípios de proteção — ainda que a partir de noções, a nosso ver menos relevantes no ordenamento jurídico, como as de consumidor e de proprietário. A inversão é perigosa, já que o crescimento da proteção nos direitos privados não significa, necessariamente, a tutela dos mais fracos em uma sociedade. No entanto, certamente, a diminuição do grau de proteção nos direitos sociais consubstancia, inevitavelmente, a redução da tutela dos menos favorecidos"[45].

Ora, é importante reconhecer, na perspectiva técnica, que a igualdade — no sentido mesmo da igualdade material — no direito civil se encontra hoje muito mais valorizada do que vem ocorrendo com os direitos sociais. Essa constatação possibilitará, por exemplo, o caminho inverso: se a igualdade está abandonando o direito do trabalho — no sentido da proteção do trabalhador —, nada obsta que os postulados do direito civil venham a ser utilizados no direito do trabalho. O perigo, no entanto, é que se promova, cada vez mais, o desaparecimento da proteção do trabalhador, já que o mais importante seria a proteção de qualquer cidadão — independentemente do grupo que ocupe. O desaparecimento do direito do trabalho: ou melhor, o retorno às suas origens, quando era mero desdobramento do direito civil. Tudo na lógica, inclusive, da proteção civil das minorias. Fim do mundo do emprego, fim da proteção dos empregos, início da proteção das minorias, início da proteção de todos os homens e não só do trabalhador. Um sonho que esquece que, na lógica atual (e, infelizmente, acrescento), sem trabalho o homem, qualquer a minoria em que se encaixe, não é nada!

Apenas a título de exemplo, para analisarmos esse novo dimensionamento dado pelo direito civil, propositalmente, traremos à tona o art. 421 do novo Código Civil, de 2002, segundo o qual "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Este dispositivo encontra-se inserto na ideia de normas flexíveis, que muito informou tal Código — isto é, de enunciados, cuja abertura permite maior flexibilidade ao intérprete da nova codificação. Regras que já anunciam o princípio do qual emanam.

Adriana Mandim Theodoro de Mello[46], ao analisar o dispositivo, é enfática no seguinte sentido:

> "São duas as premissas que movem as alterações jurídicas no campo dos contratos, quais sejam:
>
> a) Não há declaração de vontade livre e vinculante se os desiguais, social e economicamente considerados, não foram tutelados com normas jurídicas distintas tendentes a conferir-lhes isonomia e a realizar a máxima constitucional: todos são iguais perante a lei".

A função social do contrato e o princípio da boa-fé, explicitados no Código Civil, emprestam suporte ao desejo de que as partes desiguais sejam assim tratadas na confecção dos contratos — igualdade material. Somente dessa forma seria possível resgatar a ideia de igualdade em um dos ícones

[45] Conclusões alcançadas, na realidade, no artigo Alterações no processo trabalhista brasileiro. *Revista de derecho social latinoamérica*, Argentina: Bomarzo, n. 2, 2007. p. 195.

[46] A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, julho 2002. v. 801, p. 16.

do direito civil, o contrato, em que a liberdade deve ser temperada à luz do tratamento isonômico.

Esta disposição evita qualquer dúvida, especialmente em situações pré-contratuais, de que os direitos fundamentais tenham sua incidência permitida sobre essas relações de natureza privada. Não restou espaço para a defesa do contrário sequer para os que advogam que somente é possível a incidência de forma indireta — por meio de lei ordinária que o permita (com o que não concordamos). A lei já existe e passa a permiti-lo expressamente. Assim, se restar claro que não houve contratação, por motivo de distinção étnica, religiosa, sexual etc., não existindo mais a irrestrita liberdade de contratar, será possível realizar a incidência de consequências jurídicas decorrentes da não contratação.

Essa nova conformação dada ao direito civil em muito poderá, se importada para estes, auxiliar na efetivação dos direitos sociais. A igualdade no sentido material passou a ser técnica para a interpretação do contrato. Se isso é possível para as relações de direito civil, com muito mais razão para aquelas de direitos sociais – em que a desigualdade já aparece como pressuposta.

2. *No direito processual civil*

No direito processual civil, muitas vezes o princípio da isonomia já vem sendo tratado como técnica de recomposição da justiça. Como exemplo mais comum temos os prazos diferenciados para que entes públicos recorram ou contestem, em vista da ideia de prerrogativa (defesa de interesses públicos).

No entanto, para o direito social, podemos citar, ainda, a lei de preferência na movimentação processual para os idosos (Lei n. 10.073/2001). Ela poderia, inclusive, suscitar problemas no seguinte sentido: somente os idosos? Por que somente os idosos? Não se trataria de norma extensiva a outros grupos que não os idosos — doentes terminais etc.?

O aumento da abrangência dos sujeitos tutelados, com a extensão pela ideia de isonomia, é mais uma demonstração da eficiência do princípio da igualdade como técnica de otimização dos resultados pretendidos pelo direito em geral — com destaque, como veremos a seguir, para os direitos sociais.

No mesmo sentido, há que se ocupar da questão referente à atuação do juiz de forma mais participativa, garantidora inclusive dos direitos das partes mais frágeis na lide instaurada. Essa técnica, desdobramento da

lógica da igualdade, é fomentadora da proteção do mais desprotegido na relação jurídico-processual, trazendo nova conformação à noção de imparcialidade do juiz. Presta-se, ainda, deixar claro que, com a utilização na sua real extensão do princípio da igualdade, mitos vão sendo desconstruídos — como o da prevalência da verdade formal no processo civil. É claro que, sendo o devido processo legal expressão também da igualdade e do Estado Democrático de Direito, a situação comporta sempre um cuidado, que revela a necessidade de apreciação da hipótese no caso concreto. No entanto, de início, esta ideia do juiz, que participa da lide de forma a auxiliar a parte mais fragilizada na relação instaurada processualmente, é desdobramento também da igualdade como técnica — sendo capital para lides que envolvam direitos previdenciários, por exemplo.

3. *Nos direitos sociais, em geral, e mais especificamente nos direitos do trabalho e previdenciário*

Como técnica de efetivação da justiça social a serviço do direito, será exatamente nos direitos sociais em geral — e mais especificamente nos direitos do trabalho e previdência social — que a utilização do postulado da igualdade revelará a sua maior eficiência. Isso, inclusive, para fins de justiça distributiva, uma das armas mais eficientes na consolidação da solidariedade — tanto como conceito jurídico quanto sociológico.

No caso específico do direito do trabalho, este já se assenta em uma premissa nitidamente própria, ligada ao princípio da isonomia: a ideia de que se trata de ramo do direito em que se busca equacionar a vantagem econômica do empregador com uma correspondente vantagem jurídica dada ao empregado. É claro que, como temos sempre mencionado, é óbvia a insuficiência da possibilidade de que, pelo direito do trabalho, se alcance de forma plena a desvantagem que o empregado tem diante do empregador em sistema capitalista[47]. A distância da vantagem econômica é tão grande

[47] Como já dissemos anteriormente, não deixamos de lado nenhuma dessas considerações, mas como tática optamos por fazer uma leitura do princípio da igualdade, relido a partir da solidariedade, a fim de alcançar resultados, ainda que mais imediatos, em uma ordem essencialmente capitalista. Não estamos, aqui, trabalhando de forma reformista. Queremos crer que estamos tocando em assuntos estratégicos para a destruição do modelo capitalista e assentamento de bases sólidas para a construção do socialismo. Aqui sempre temos em mente as considerações de Rosa Luxemburgo no seu famoso *Reforma ou revolução social?* do início do século XX e das considerações, corroboradas por Rosa, tecidas por Engels no prefácio de 1895 à obra de Marx *Lutas de classe em França entre 1848 e 1850*. Em ambos os casos, sem qualquer concessão revisionista, o que se pretende é entender as novas formas de luta — além das lutas de rua — que podem ser utilizadas e aproveitadas pelo

que somente uma vantagem jurídica que despojasse o empregador dos meios de produção, como seu único e exclusivo proprietário, seria suficiente. No entanto, como vivemos o capitalismo, não é crível que esta missão se realizará por meio do direito e de sua interpretação. Não obstante, não há como se desprezar, especialmente em países pobres, que o direito do trabalho assume papel de extrema relevância para a construção de uma sociedade melhor. No entanto, isso, é claro, apenas se continuar tendo cunho protecionista. Caso contrário, será qualquer outra coisa menos um ramo próprio do direito, já que se despojará do elemento específico que o diferencia dos demais ramos.

Assim, por mais que o princípio protetor esteja em debate profundo, diante da equivocada discussão a respeito da flexibilização, é da essência deste ramo do direito o tratamento jurídico diferenciado em favor do empregado. Logo, o postulado da igualdade no seu sentido material já constitui, *a priori*, a técnica na qual o direito do trabalho assenta as suas premissas para existir como entidade jurídica autônoma e própria.

Além disso, colhe ressaltar que o direito do trabalho lida, em situações específicas, com diversidades decorrentes da própria natureza do trabalho prestado, da nacionalidade de quem o presta, de seu sexo ou de sua idade (que, muitas vezes, tem tratamento jurídico diferenciado, como se verifica, v. g., no Título III da CLT, que dispõe a respeito de normas especiais de tutela do trabalho — arts. 224 a 441). Assim, se o direito do trabalho já é tutelar, diante de certas especificidades do trabalhador ou das condições de trabalho, passa a ser mais tutelar ainda — até então como expressão de técnica decorrente do princípio da igualdade.

No entanto, percebe-se que, em vista da flexibilização, algumas normas têm procurado se distanciar dessa lógica, buscando a diminuição de direitos trabalhistas, a partir da diferenciação que cria situações menos favoráveis. A respeito, deve-se analisar a Lei n. 9.601/98, que dá tratamento diferenciado ao contrato por prazo determinado, o que acarreta a diminuição de direitos trabalhistas, e usa como fator de distinção unicamente a duração do contrato de trabalho (art. 2º, II, em que há diminuição da alíquota do FGTS para 2% contra os 8% dos trabalhadores em geral do art. 15 da Lei n. 8.036/90).

proletariado. Atualmente, entendo que os direitos humanos podem ser inseridos neste contexto, desde que devidamente dimensionados e percebidos quanto à limitação de sua retórica quando reduzida à seara meramente jurídica.

A pergunta que não quer calar é a seguinte: a flexibilização das relações de trabalho poderá se concretizar a despeito deste que é um dos grandes princípios informadores da justiça — o princípio da igualdade? Obviamente que não! Seria um custo muito grande a se pagar, acarretando verdadeira inversão na tendência verificada em todos os ramos do direito, ou seja, de sua construção e aproximação da ideia da justiça a partir da maximização do princípio da igualdade. Ora, se esta é uma tendência verificada inclusive em ramos como o direito civil, não haveria lógica que ocorresse o inverso exatamente no direito do trabalho — cuja base existencial é igualdade material. Aliás, diga-se de passagem, que nenhuma das hipóteses legais que assentam bases na flexibilização, com especial destaque para a acima destacada, resiste a uma análise mais efetiva — e séria — de afronta à igualdade materialmente considerada. Portanto, ainda aqui temos mais um exemplo de como a igualdade como técnica é importante fator para a reconstrução da justiça social.

Em outros instantes, a isonomia não aparece imediatamente, encontrando-se oculta em hipóteses em que há clara proteção a direitos fundamentais.

Uma das formas de discriminação mais comuns no curso do contrato de trabalho seria aquela destinada à mulher. Com base nisso, não é incomum a ocorrência de assédio sexual, que vem sendo combatido veementemente pelo direito. Embora aqui existam direitos fundamentais preservados, não há como se esconder que o direito busca, ainda que de forma mediata, resguardar a igualdade. É claro que o assédio pode ser cometido também contra pessoas do sexo masculino. No entanto, em ambas as hipóteses, há alguém que se aproveita de uma posição de superioridade para subjugar alguma outra pessoa. Somente o direito pode restabelecer a igualdade entre os agentes envolvidos, incutindo o temor de sua aplicação na ocorrência da hipótese legal. No nosso ordenamento, a Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001, acrescenta o art. 216-A ao Código Penal, com a seguinte redação: "Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função: Pena — detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos". Por outro lado, nada obsta que, na relação de emprego, isso acarrete a dispensa do assediante por incontinência de conduta ou pelo mau procedimento (art. 482, *b*, da CLT). E, em relação ao assediado, dependendo da situação, poderá considerar rescindido o contrato de trabalho com base em uma das hipóteses do art. 483 da CLT, além de se lhe possibilitar a busca da indenização por dano pessoal (dano à intimidade).

Da mesma forma, a lógica da proteção contra assédio moral deve ser vista, ainda que de forma mediata, como um desdobramento da noção de igualdade. Além de gerar indenização por dano moral — o que é, de forma recorrente, defendido pelos estudiosos do direito do trabalho —, há que se ressaltar a existência de projeto referente ao assédio moral no Congresso, em que busca a tipificação penal também para situações em que há constrangimento moral a alguém, sendo que o agente prevalece de sua condição de superior hierárquico. No plano do direito do trabalho, todas as soluções anteriores, dirigidas ao assédio sexual, devem ser importadas para o assédio moral.

Outra hipótese interessante é aquela constante do art. 461 da CLT, referente à isonomia salarial. Em suma: igual trabalho corresponderia a igual salário. No entanto, mesmo este dispositivo poderia suscitar algumas dúvidas quanto aos requisitos exigidos para se constatar a isonomia: por que o trabalho, para ser considerado igual, deve ser aquele prestado na mesma localidade? Trabalhos realizados para o mesmo empregador, ainda que em localidade distinta, não poderiam ser tidos como iguais? Por que o fator tempo de serviço é considerado para conceituar trabalho de igual valor? O que, na realidade, é trabalho de igual valor — se considerarmos o sistema jurídico como um todo, e não apenas a regra do art. 461 da CLT, não seria possível extrairmos outros elementos para a indicação de trabalho de igual valor? Em síntese, o que estamos nos perguntando é se este dispositivo, na forma como redigido, resiste a uma análise mais profunda do princípio da igualdade ou, na realidade, está promovendo uma intensificação da desigualdade entre os trabalhadores — e fomentando a ruptura da solidariedade entre estes.

Perceba-se que a igualdade, como técnica, pauta as mais diversas situações relacionadas com o direito do trabalho. Enquanto técnica, há que se buscar a adequação das regras, em especial aquelas que versam sobre a igualdade em si, ao postulado mesmo que as informou. No caso específico do direito laboral, isso se revela mais eficiente na medida em que o próprio ramo é concebido a partir da lógica da igualdade material. O distanciamento da regra, que prevê a igualdade, ou a sua não realização, implica a própria fragmentação do seu princípio informador (princípio da isonomia).

No direito previdenciário, o postulado da igualdade também é técnica relevante para a proteção dos direitos dos trabalhadores em sua inatividade.

É estranho como no nosso país os juslaboralistas, em geral, se ocupam com pouca frequência do direito previdenciário. A seu respeito pouco entendem e não buscam entender. É como se o trabalhador somente importasse enquanto participasse de uma relação de natureza privada em curso. Não importa o porvir. Distinta tem sido a posição de vários de nossos colegas latino-americanos e europeus[48].

A seguridade social como um todo — previdência, assistência e saúde — assenta as suas bases no princípio da igualdade. Basta vermos o art. 194, parágrafo único, I e II, da Constituição. Trata-se dos princípios da universalidade e da seletividade. A universalidade implica a aplicação, objetiva (todas as contingências) e subjetiva (todas as pessoas) da seguridade social. Portanto, é desdobramento imediato da igualdade formal. Já pela seletividade haveria uma escolha de hipóteses específicas para a incidência de políticas públicas de seguridade. Seria desdobramento, pois, da igualdade material (tratar os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade). No entanto, mesmo esta última deve ser vista com cuidado. Consiste em hipótese de seleção de políticas públicas referenciadas apenas na Constituição — já que apenas esta pode selecionar, uma vez que, pela própria essência, o sistema de seguridade social, no nosso entender, baseia-se essencialmente na igualdade formal.

Por fim, em direitos sociais, há que se buscar uma renovação no sentido da plenitude da igualdade, inclusive quando esta se encontra sendo maculada por ausência de previsão legal para cobertura social de certo grupo. Consiste naquilo que já vimos anteriormente quando analisamos a questão à luz do processo civil, da extensão de direitos fundamentais sociais a partir da lógica da igualdade. Isso se dá em algumas hipóteses que envolvem direitos previdenciários. Trata-se de técnica, decorrente da isonomia, conhecida como direitos sociais derivados, que são aqueles construídos a partir da mácula à igualdade pela ausência de previsão legal para a concessão de benefício social concedido a outros em idênticas condições. Na lógica atual da contenção de gastos públicos, é muito comum políticas de direitos sociais restritivas e mais seletivas. No entanto, muitas das vezes, ao se promover a seleção do grupo social protegido, o legislador deixa de contemplar outros que se encontram nas mesmas condições. Há quebra

[48] Em vários encontros com juristas europeus e latino-americanos, temos presenciado tal preocupação. Basta lembrarmos de alguns desses como Oscar Ermida Uriarte, Antonio Baylos Grau ou Joaquín Aparício Tovar.

da igualdade na perspectiva omissiva. É comum conceber-se rol de direitos sociais apenas para certos grupos, olvidando-se, sem razão, de outros (no direito do trabalho, isso ocorreu, no nosso sentir, com as empregadas domésticas). Aqui chamamos atenção para o texto de Paulo Gilberto Cogo Leivas e Marcelo Veiga Beckhaussen[49] já mencionado anteriormente. Neste artigo, defendem que os companheiros homossexuais, mesmo não constando explicitamente da relação de dependentes da previdência, para fins de concessão de benefícios previdenciários, do art. 16 da Lei de Benefícios, não poderiam deixar de ter concedido o benefício. Ora, a ausência de previsão não significa a exclusão — mormente quando a situação é analisada à luz do princípio da isonomia. Portanto, devem ter a proteção, inclusive com o direito à pensão por morte, estendida a eles. Esta questão foi objeto de ação civil pública, tendo sido confirmada pela 2ª Instância do Tribunal Regional Federal da 2ª Região — com manifestação posterior do Supremo Tribunal Federal a seu respeito[50]. Deu, posteriormente, ensejo a edição de Instrução Normativa do INSS, que permite a concessão de pensão a companheiros homossexuais.

Da mesma questão que chama atenção e acaba por importar em redução de direitos constitucionais — ainda que por via indireta atingindo o princípio da igualdade — é a referente ao art. 203, V, da Constituição Federal.

Como é de conhecimento vulgar, esse dispositivo trata do benefício assistencial de um salário mínimo para o idoso e para a pessoa com deficiência que não puderem prover a sua subsistência ou tê-la provida por sua família.

Aqui, percebe-se a importância da acuidade conceitual de quem seja pessoa com deficiência, para fins de concessão do benefício. Indevidamente, e utilizando do conceito proposto pelo art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742/93 (que limita a deficiência na perspectiva da capacidade para o trabalho e para a vida independente), alguns julgados têm concedido o benefício apenas quando comprovada, pelo laudo pericial, a incapacidade laboral. Essa situação, como veremos, além de afrontar o conceito constitucional

[49] Artigo citado, p. 29.

[50] Decisão do Ministro Marco Aurélio sobre o pedido do INSS para suspensão da liminar concedida em primeira instância na ação civil pública proposta com o objetivo de equiparar, para fins previdenciários, as relações heterossexuais às homossexuais. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://conjur.uol.com.br/view.cfm?id=16848&ad=c>. Acesso em: 15-2-2003.

de pessoa com deficiência, atenta contra a igualdade — na medida em que não deixam de ser contempladas as pessoas com deficiência que possuam capacidade para trabalhar, embora sejam carentes no sentido acolhido pela jurisprudência (verificação das condições de vida no caso concreto).

Passamos a interpretar o § 2º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social, conforme a Constituição (mais especificamente conforme o disposto no art. 203, V, da Constituição).

A Constituição fala em benefício assistencial para a pessoa com deficiência, sendo que a lei regulamentadora não poderia reduzir indevidamente o conceito de pessoa com deficiência.

Nada obsta, assim, que se considere a deficiência a partir da invalidez, mas não a ponto de restringir o conceito de pessoa com deficiência no sentido de confundi-lo apenas como tal.

Realmente, o inválido (típico dos benefícios previdenciários auxílio-doença e aposentadoria por invalidez) encontra-se incapacitado para o exercício de atividades laborais. De certa forma, há aqui uma deficiência que não pode ser desprezada.

Não se trata esta da única situação de pessoa com deficiência. Ora, há que se considerar que a Constituição, quando contemplou as pessoas com deficiência, não olvidou daquelas que possuem condições de trabalhar, mas têm dificuldades de ser acolhidas na sociedade e mesmo incorporadas ao mercado de trabalho por conta de uma limitação que lhes é intrínseca. Assim, uma pessoa com deficiência visual pode, até mesmo, ser considerada apta para o trabalho, mas pela natural dificuldade de acessar os fatos da vida diária e mesmo o mercado de trabalho houve o cuidado constitucional de que esta, quando pobre, pudesse ser protegida pelo sistema de assistência social, com o benefício do art. 203, V, da Constituição.

Já se manifestou, nesse sentido, a prolatora da sentença na Ação Civil Pública n. 2002.61.00.024335-6, promovida pela Ministério Público Federal:

> "Muito bem. Nesse contexto, parece claro que pessoa portadora de deficiência não é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho, poderá ser também aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho, mas não somente essas. Por quê? Porque o benefício tem por objetivo integrar o deficiente, sendo o trabalho, qualquer trabalho, elemento importante de integração do deficiente na comunidade. Não bastasse isso e o atrelamento obrigatório do artigo discutido aos princípios informadores da assistência social, certo é que o Brasil é signatário da

> Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, promulgada pelo Decreto Presidencial n. 3.956/2001, a qual classifica deficiência como uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômica e social. Vemos, portanto, que a deficiência é um fator de limitação e não de exclusão".

Ressalte-se desta decisão a referência à Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, promulgada pelo Decreto presidencial n. 3.956/2001 (posterior à LOAS), que define a pessoa com deficiência a partir da perspectiva da "restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória" e que limita os atos da vida diária (e, frise-se, não apenas os atos laborais). A atividade laboral não pode ser a única determinante do conceito de deficiência, já que a limitação pode dar-se em outros planos, de forma a limitar até mesmo o acesso ao mercado de trabalho, pela natural discriminação. Aliás, na perspectiva das políticas afirmativas, a intenção foi exatamente esta: permitir a discriminação positiva da pessoa com deficiência (a quem se destinou de forma específica, juntamente com o idoso, o benefício). Nunca é demais lembrar que essas ações afirmativas têm se dado no ordenamento brasileiro, considerando sempre a limitação do acesso ao mercado de trabalho por parte da pessoa com deficiência. A respeito, confira-se o art. 93 da Lei de Benefícios, que prevê cotas para as pessoas com deficiência. Este dispositivo deixa bem claro que o conceito de deficiência não se confunde apenas com o de invalidez, já que ao inválido não seria dado atribuir cotas — mesmo porque ele está inabilitado para o exercício de atividades laborais.

Assim, se uma pessoa com osteoporose, demonstrada a incapacidade para trabalhar, faz "jus" ao benefício, o mesmo se deve dizer de pessoa com deficiência auditiva, por exemplo, que possa trabalhar. Há lógica, como visto, na proteção jurídica de ambas as situações.

A respeito de tudo quanto exposto, deve ser vista ainda a Lei n. 7.405/85.

Logo, parece-nos claro, por uma interpretação conforme a Constituição, que subsiste no sistema jurídico benefício à pessoa com deficiência do art. 20, § 2º, da Lei Orgânica de Assistência Social, ao lado do concedido à pessoa com deficiência da Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, promulgada pelo Decreto presidencial n. 3.956/2001 — ato internacional de direitos humanos ratificado e aplicável ao Brasil. Há que se considerar também a Convenção da ONU sobre pessoas com deficiência, que incorporou o ordenamento jurídico brasileiro em 9 de julho de 2008, por meio de Decreto Legislativo, com *status* constitucional.

A questão é mais uma vez a percepção de que a igualdade é um dos pilares do nosso ordenamento jurídico. Somente o aumento do universo abrangido pelo benefício assistencial — resguardando-se o conceito constitucional — será propiciador de um país mais justo e igualitário, como deseja o art. 3º da Constituição, nos seus mais diversos incisos.

Por último, mesmo em matéria de direito adquirido nas relações de natureza previdenciária, a questão da igualdade é extremamente relevante. Para mitigar os efeitos criados pela modificação de sistemas de proteção previdenciária, temos advogado a noção de direito social adquirido[51]. Em apertada síntese, trata-se de tese, ainda não acolhida pelo Judiciário, no sentido de que, quando se ingressa em um regime previdenciário, o segurado passa a ser regido pelas regras desse regime, não se lhe aplicando alterações posteriores — salvo se mais favoráveis. Quanto aos que ingressam posteriormente, não haveria possibilidade ainda de alteração de cláusulas que digam respeito ao núcleo do direito fundamental previdenciário.

Finalizamos acreditando que, a partir de todas as hipóteses antes analisadas, fincamos premissas para a consolidação de uma técnica muito relevante para a consolidação dos direitos sociais. Em um país onde a desigualdade social atinge níveis espantosos como o nosso, não será incomum que a lei acabe por traduzir esta realidade. É necessário, pois, que estejamos sempre atentos — ressaltando sempre a insuficiência do direito para dar conta de todas as aflições em jogo. Há que ressaltar, por outro lado, que não acreditamos que o direito, por si só, desmobilize os movimentos sociais, na medida em que criaria a falsa ilusão de que "se já está na lei, não há mais por que lutar". Parece-nos simplista esta observação, na medida em que, sem mobilização de postulação do que vem legalizado, não há a verdadeira conquista. O direito somente é conquistado com o efetivo exercício de seu conteúdo pelo seu verdadeiro titular. Enquanto isso não se dá, nem sequer se pode falar em direito. A manutenção das conquistas legais e a ampliação dos direitos sociais dependem de um ato constante, diário de

[51] Sugerimos, para melhor compreensão do tema, a leitura de nossa obra, escrita em conjunto com Érica Paula Barcha Correia, *Curso de direito da seguridade social*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

impulsionar todos os agentes envolvidos na sua apreciação e concessão (Judiciário ou Administração, por exemplo). O direito posto não significa o direito definitivamente conquistado, sendo desdobramento constante de um exercício de sua concretização no dia a dia. Logo, os direitos sociais somente criam bases materiais para a sua concretização se exercitados junto aos centros de poder que os transformam em ato pelo seu exercício — seja na dicção do direito pelo Judiciário, que atende ao clamor posto na ação por educação e nas escolas, seja na sua transformação em política pública pelo agente público que o tem previsto constitucionalmente. O ato de concretizar o direito é, senão mais importante, tão relevante quanto colocá-lo na moldura legal. É óbvio, ressaltamos até à exaustão, que o direito é apenas uma das searas para a conquista diária das lutas pelos direitos sociais. Portanto, a disposição de direito social posta em lei, mas não exercitada por seus titulares, pelas mais diversas razões, redunda em um vazio completo; vazio que deve ser preenchido, especialmente pelas lutas dos movimentos sociais, na consolidação de seus direitos.

ASSISTÊNCIA E PREVIDÊNCIA SOCIAL EM CONEXÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DE CASOS

Walter Claudius Rothenburg*
João Luiz Moraes Rosa**
Thaís de Figueiredo Federighi***
Ana Paula Magenis Pereira****
Camila Galvão Tourinho*****

1. Introdução

A seguridade social é um dos temas em que questões de direitos fundamentais acontecem com frequência e intensidade. É um espaço típico de direitos fundamentais sociais. Hoje em dia, muita gente tem de *enfrentar* — triste utilizar essa expressão — o Poder Público em busca de direitos previdenciários ou assistenciais, e tem de recorrer ao Poder Judiciário para alcançá-los. Muitas pessoas, que talvez nunca fomentassem uma ação judicial, e que não viessem a propor uma demanda trabalhista, de família ou sucessão, de cobrança ou reparação de danos (para ficar nas mais comuns), acabam por se ver compelidas a pedir em juízo seus direitos previdenciários ou assistenciais. Processos judiciais relativos a direito previdenciário e direito à assistência social tornaram-se dos mais numerosos. Quase ninguém escapa de uma ação previdenciária ou assistencial.

Foi no ambiente da Escola Paulista de Direito Social, onde o sutil e envolvente convite de Érica Paula Barcha Correia casou-se com a incisiva

* Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II, Procurador-Regional da República, Professor da Instituição Toledo de Ensino — ITE e da Escola Paulista de Direito Social.

** Analista Processual do Ministério Público Federal.

*** Técnica Administrativa do Ministério Público Federal.

**** Acadêmica de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Estagiária do Ministério Público Federal.

***** Acadêmica de Direito da PUCSP. Estagiária do Ministério Público Federal.