



LEGISLAÇÃO DO TRABALHO

Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência

Diretor Responsável

ARMANDO CASIMIRO COSTA

Diretor de Redação

ARMANDO CASIMIRO COSTA FILHO

Diretor Financeiro

MANOEL CASIMIRO COSTA

Conselho Editorial

AMAURI MASCARO NASCIMENTO (Presidente)

IRANY FERRARI

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO

Fundador **VASCO DE ANDRADE**

ANO 67 • Nº 01 • JANEIRO DE 2003 • SP • BRASIL • ISSN 1516-9154

REDAÇÃO

- A REFORMA DA CLT
- 16º CONGRESSO BRASILEIRO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL
- 11º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO TRABALHO
- O RENASCIMENTO LEGAL DAS DESPESAS PROCESSUAIS TRABALHISTAS
— JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO
- DIREITO CONSTITUCIONAL AO SALÁRIO MÍNIMO
— ALDACY RACHID COUTINHO, ADRIANA ARTIGAS SANTOS, ALBERTO EMILIANO DE OLIVEIRA NETO, LUCIANO AUGUSTO TOLEDO COELHO E LUIZ FERNANDO NACLI BASTOS
- NOVAS FORMAS DE TRABALHO
— IRANY FERRARI
- CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NAS CONCILIAÇÕES TRABALHISTAS
— PAULO CÉSAR BARRIA DE CASTILHO
- CONTROLE DO TRABALHO PELO PODER PÚBLICO E SUA DIMENSÃO HIERÁRQUICA
— EMMANUEL TEÓFILO FURTADO
- O NOVO CÓDIGO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR
— ARI POSSIDONIO BELTRAN
- RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PERANTE O CÓDIGO CIVIL DE 1916, O CÓDIGO DO CONSUMIDOR E O NOVO CÓDIGO CIVIL
— GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA
- UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA INTRAMUROS NO TRT: APLICAÇÃO DO § 1º DO ART. 555 DO CPC
— LUIZ EDUARDO GUNTHER E CRISTINA MARIA NAVARRO ZORNIG
- DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA JUSTIÇA DO TRABALHO
— MARIA CRISTINA ALVES DELGADO DE ÁVILA

REPOSITÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA

A Revista LTr, com tiragem superior a 5.000 exemplares e circulação em todo o Território Nacional, é Repositório autorizado de jurisprudência para indicação de julgados, registrado no Supremo Tribunal Federal sob n. 09/85, no Superior Tribunal de Justiça sob n. 03 e no Tribunal Superior do Trabalho sob n. 02/94. Os acórdãos publicados neste número correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas Secretarias dos respectivos Tribunais.

Aldacy Rachid Coutinho(**)
Adriana Artigas Santos
Alberto Emiliano de Oliveira Neto
Luciano Augusto Toledo Coelho
Luiz Fernando Nacli Bastos

Introdução

O salário mínimo é o retrato, em branco e preto, do Brasil. São 26% dos ocupados com mais de 10 anos de idade que sobrevivem com um rendimento inferior ao salário mínimo. Na faixa entre 1 (um) e 2 (dois) salários mínimos se encontram outros 22%, resultando em torno de 48% da população economicamente ativa vivendo com uma remuneração próxima a R\$ 200,00 (duzentos reais).

O valor fixado em lei como "*patamar salarial mínimo imperativo*"⁽¹⁾ representa somente 17,5% da quantia estimada pelo DIEESE — R\$ 1.091,21 — como necessária para que uma família composta de 2 (dois) adultos e 2 (duas) crianças atenda os gastos com a sua sobrevivência em padrão de dignidade. O valor atual corresponde a apenas 1/3 do primeiro salário mínimo fixado no Brasil nos anos 1940.

Se pudesse o trabalhador brasileiro alimentar-se de normas jurídicas que assegurem o salário mínimo, estaria certamente extasiado. Em 1919, no Tratado de Versalhes,⁽²⁾ já constava que "*o salário deve assegurar ao trabalhador um nível conveniente de vida, tal como seja compreendido na sua época e no seu país*". Na Declaração Universal de Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, de 1948, havia previsão de que "*todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social*". Pelo teor da Convenção da Organização Internacional do Trabalho n. 131, de 1970, ratificada pelo Brasil em 1983 e incorporada ao direito positivo interno pelo Decreto n. 89.686/84, há o compromisso internacional assumido de se adotar com força de lei um salário mínimo, acompanhado de mecanismos que assegurem a preservação do valor real.

(*) O texto foi produzido em Grupo de Estudos na Academia Brasileira de Direito Constitucional, sob orientação da Professora Doutora Aldacy Rachid Coutinho, tendo como marco teórico o pensamento e obra do Professor Doutor Lenio Luiz Streck.

(**) Aldacy Rachid Coutinho é Advogada. Procuradora do Estado do Paraná. Professora de Direito do Trabalho da UFPR. Mestre e Doutora.

(1) A expressão é de Maurício Godinho Delgado. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho, p. 738.

(2) Artigo 427. Tratado de Versalhes de 28 de junho de 1919.

No Brasil, foi albergado pela Constituição da República de 1934⁽³⁾, traduzido em um montante capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador, segundo as condições de vida de cada região. O Estado deveria, ainda, durante a vigência da Constituição de 1937, intervir para proteger o trabalho, como produto do esforço, assegurando ao trabalhador o direito de subsistir mediante seu trabalho honesto, com salário representativo da satisfação das necessidades normais.⁽⁴⁾ A partir da Constituição de 1946,⁽⁵⁾ o salário passou a representar o custo do atendimento das necessidades normais do trabalhador e de sua família, a ser fixado, segundo a Constituição de 1967,⁽⁶⁾ em conformidade com as condições de cada região.

O artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República de 1988,⁽⁷⁾ com mais precisão e detalhismo,⁽⁸⁾ determina que o salário mínimo será fixado nacionalmente em um único valor, representativo dos direitos a moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, sempre de forma a garantir a manutenção do poder aquisitivo frente a perdas decorrentes de momentos inflacionários.

O jeitinho brasileiro, gersonianamente, se impõe diante da necessidade de que com o valor irrisório que se tem previsto para o salário mínimo, tenha o trabalhador que driblar a fome. É insustentável o fato de que durante séculos estejamos inertes frente à miséria, muito bem acompanhados de "*leis para inglês ver*".

(3) A Constituição de 1934 igualmente assegurou a todos a existência digna (art. 115), limitando a liberdade econômica (art. 115, parágrafo único) e determinando ao poder público que fiscalizasse periodicamente o padrão de vida existente nas diversas regiões do país, ao disciplinar a organização da ordem econômica.

(4) VIEIRA, Alessandra Cota et alii. O salário mínimo e as condições de vida dos trabalhadores.

(5) Artigo 157, inciso I.

(6) Artigo 158, inciso I, com redação mantida pela Emenda Constitucional n. 01/69.

(7) "Art. 7º [...] IV — salário mínimo fixado por lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim."

(8) A Constituição do Império, de 1824, a Constituição da República, de 1891 e a reforma constitucional de 1926 silenciaram a respeito do salário mínimo.

Afinal, cabe aos juristas, de uma vez por todas, dar uma resposta a DEBREU que, em Paris, em 1988, em um Congresso dos Prêmios Nóbels, anunciou em entrevista que "O dever de um economista é informar que o direito à vida nem sempre pode ser garantido devido aos custos",⁽⁹⁾ empreendendo uma luta sem tréguas contra o "friendly fascism"⁽¹⁰⁾ e assegurando exatamente o contrário, que a vida não tem preço.

Se o direito do trabalho hoje se vê obrigado a enfrentar a crônica de sua morte anunciada, temos ainda o novo direito constitucional brasileiro⁽¹¹⁾ como suporte teórico para alavancar a noção de solidariedade social e instrumentalizar uma melhor distribuição de renda,⁽¹²⁾ de forma a homogeneizar um padrão de vida digna aos brasileiros cidadãos trabalhadores. E o salário mínimo é a peça chave na política pública econômica que busque erradicar a pobreza e a diminuir a desigualdade social, em uma eterna busca de uma sociedade mais justa.

Segundo dados do DIEESE, há uma enorme aderência no perfil das curvas do salário mínimo e do salário médio dos trabalhadores formais que percebem próximo ao mínimo, o que projeta e amplia os destinatários da influência do salário mínimo também aos demais níveis remuneratórios. Explica-se pelo fato das empresas utilizarem o mínimo como referência para ocupações pouco qualificadas, como padrão do preço da mão-de-obra. Por conseguinte, o impacto da fixação do valor do salário mínimo supera em relação aos beneficiários os que percebem o contingente como tal identificado na remuneração.

Por uma visão histórica e prospectiva do salário mínimo: criação e procedimentos de fixação dos valores

Vamos à trajetória histórica. O salário mínimo foi instituído com a Lei n. 185, de 14 de janeiro de 1936 e veio a ser regulamentado pelo Decreto-lei n. 399, de 30 de abril de 1938.⁽¹³⁾ A primeira tabela com valores de salário mínimo foi aprovada por Getúlio Vargas, por meio do Decreto-lei n. 2.162, de 1º de maio de 1940, entrando em vigor em 2 de julho daquele ano. A fixação dos valores foi procedida por "minucioso e amplo inquérito" censitário,

segundo Sússekind.⁽¹⁴⁾ Comissões regionais paritárias (empregados e empregadores),⁽¹⁵⁾ sob a presidência de técnicos em assuntos socioeconômicos,⁽¹⁶⁾ estabeleciam valores do salário mínimo fixados para o triênio que, entretanto, poderiam ser alterados, prorrogados ou reduzidos temporalmente, por motivos de ordem econômica, após aprovação do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio. Havia, então, participação direta dos trabalhadores na fixação dos valores.

Devido ao estado de guerra, o Decreto n. 10.358/42 suspendeu a vigência da norma constitucional que previa o salário mínimo (artigo 137, "h", da Constituição Federal de 1937), mas foi criada, pelo Decreto-lei n. 4.750/42, a *Coordenação de Mobilização Econômica* que, por meio da Portaria n. 36/43, que aumentou o valor do salário mínimo em 25% nas capitais dos Estados-membros, no Distrito Federal e do Território do Acre e, nos demais, em 30%; aos inadimplentes, foi prevista pena de reclusão. Mesmo em tempos duros de guerra era possível lutar contra a fome. Interessante notar que foram durante os anos de 1954 a 1960 que foram fixados os maiores valores para salário mínimo (tabela 1).

Tabela 1

Maiores Valores — R\$ de Fevereiro/2002	
Mês	Valor
janeiro-59	967,31
agosto-56	956,72
setembro-56	935,78
Outubro-56	905,34
novembro-56	899,22
dezembro-56	893,18
fevereiro-59	880,30
janeiro-57	871,08
março-59	867,11
agosto-54	866,11
fevereiro-57	865,41
novembro-60	863,33

Fonte: DIEESE

O processo de fixação e revisão do salário mínimo veio a ser alterado pela Lei n. 4.589, de 11 de

(9) MARIS, Bernard. Carta aberta aos gurus da economia que nos julgam imbecis, p. 54.

(10) AVELÁS NUNES, António José. O keynesianismo e a contra-revolução monetarista, p. 510-520.

(11) Ver BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, p. 17-59.

(12) Na última década houve um agravamento na concentração de renda no país. Em 1992 41,1% da renda nacional estava nas mãos da primeira camada da população (empregadores, autônomos e alta classe média assalariada) e em 1998 o grupo mais rico da população ficou com fatia ainda maior da renda nacional, representativa de um total de 45,1%.

(13) A regulamentação foi incorporada na Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 76 e 128.

(14) SÚSSEKIND, Arnaldo. Da remuneração, p. 409.

(15) As comissões eram compostas por 5 (cinco) a 11 (onze) membros eleitos por sindicatos, instituições e associações legalmente reconhecidas, com mandato temporário de 2 (dois) anos, permitida uma recondução. Das decisões cabia recurso para a Justiça do Trabalho. Havia, ainda, subcomissões.

(16) Segundo previsão inserta no art. 116, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

dezembro de 1965, ao criar o *Departamento Nacional de Emprego e Salário*,⁽¹⁷⁾ após transformado em *Secretaria de Emprego e Salário*,⁽¹⁸⁾ a quem cumpria proceder os estudos necessários à fixação e revisão dos valores, levando-se em conta os esforços no combate à inflação e controle rígido de salários.⁽¹⁹⁾ Inicia, então, o curso da incorporação do discurso econômico dos parâmetros do salário mínimo.

De qualquer sorte, em atendimento às determinações da Convenção n. 26, da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil,⁽²⁰⁾ ainda restou, no artigo 6º da citada lei, assegurada a participação das entidades sindicais representati-

(17) Órgão do Ministério do Trabalho e Previdência Social, com competência para "promover os estudos técnicos necessários à revisão dos níveis mínimos ou básicos de salário para as diferentes regiões do país", segundo dispunha o artigo 4º, inciso I. Foram então extintas as *Comissões de Salário Mínimo*.

(18) Projeto elaborado pelo Ministro Arnaldo Süsskind, defendido perante o Congresso Nacional.

(19) VIEIRA, Alessandra Cota et alii. O salário mínimo e as condições de vida dos trabalhadores, p.35.

(20) Deve o estado membro promover a audiência das Confederações nacionais durante o procedimento de fixação do valor do salário mínimo. Convenção n. 26, da Organização Internacional do Trabalho.

vas das categorias profissional e econômica no processo de fixação do valor do salário mínimo, impondo ao Departamento a obrigação de submissão da proposta às Confederações, que deveriam se manifestar no decêndio subsequente. Com tal medida, os trabalhadores ainda contavam com instrumentos de reivindicação.

Com o advento da Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965, passa a competência ao *Conselho Nacional de Política Salarial*,⁽²¹⁾ a aprovação das tabelas propostas pelo Departamento, posteriormente expedidas por decreto do Poder Executivo. No conselho⁽²²⁾ ainda participavam, como membros e com direito a voto, dois representantes de trabalhadores, dois dos empregadores e alguns ministros de Estado.

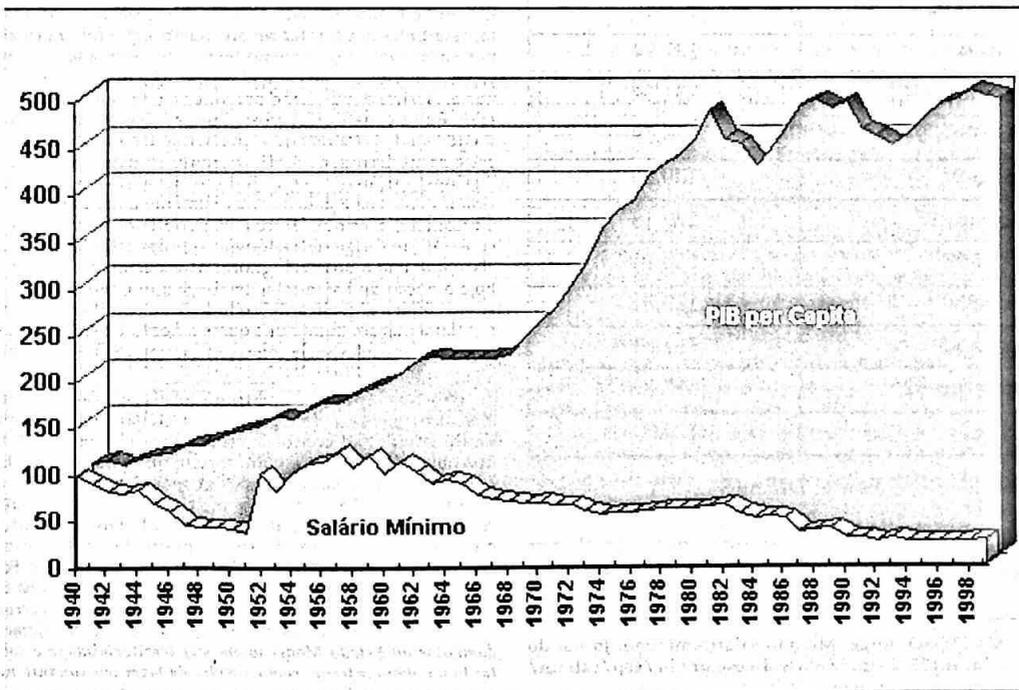
Apesar do crescimento econômico verificado no Brasil nas décadas de 60 e 70, em torno de 7% ao ano, o resultado somente acirrou a já péssima distribuição dos ganhos de produtividade. Aliás, a análise do salário mínimo em relação ao produto interno bruto desde aquela época dá conta da péssima distribuição de renda no País.

(21) Consoante art. 8º, da Lei n. 4.725, de 13 de julho de 1965.

(22) Lei n. 5.617, de 1970, artigo 1º.

Tabela 2

Evolução do salário mínimo e do PIB per capita Brasil 1940-1999



Fonte: DIEESE; IBGE Elaboração: DIEESE

Identifica-se, a trajetória de baixa nos níveis salariais, crescente desigualdade e intensa concentração da renda nacional. A perda do valor real do salário mínimo vem seguida, em uma mesma tendência, aos demais níveis salariais; o arrocho é, neste aspecto, perversamente democrático e não discriminador, pelo que salvo raras exceções — os que nunca perdem — atinge a todos indistintamente — ; somos todos eternamente perdedores.

Já a década de 80 foi identificada por Mattoso⁽²³⁾ como a década perdida da crise da dívida e, a década de 90, como a da intensa desestruturação da produção e do emprego nacional, caracterizada pela informalidade, precariedade e flexibilidade do mercado de trabalho. As taxas anuais médias de crescimento do PIB nos anos 90 murcharam para em torno de 2% e foram, segundo o autor,⁽²⁴⁾ as mais baixas do século XX. As taxas de desemprego mais que dobraram na década de 90, acompanhadas de uma redução no setor formal de 3,3 milhões de postos de trabalho. No entanto, segundo os dados oficiais do IBGE, o aumento da informalidade foi da ordem de 62% e a redução dos rendimentos do trabalho em cerca 8%, naquela década. Durante este período são encontrados os menores valores representativos do salário mínimo (tabela 3).

Tabela 3

Menores Valores — R\$ de Fevereiro/2002	
Mês	Valor
março-92	137,57
outubro-94	135,10
julho-94	132,94
novembro-94	131,64
dezembro-94	130,59
agosto-94	130,26
fevereiro-95	129,18
março-95	126,91
Abril-95	123,52
agosto-92	121,61
dezembro-92	117,29
abril-92	113,93

Fonte: DIEESE

Atualmente, a tarefa fica por conta do Poder Legislativo, mediante lei, com sanção ou veto pelo

(23) MATTOSO, Jorge. Mínimo salário mínimo. *Jornal do Economista*, n.133. <http://www.dieese.org.br/esp/salmin/mattoso.html>, em 21 de agosto de 2002.

(24) MATTOSO, Jorge. Mínimo salário mínimo. *Jornal do Economista*, n.133. <http://www.dieese.org.br/esp/salmin/mattoso.html>, em 21 de agosto de 2002.

Presidente da República, sem qualquer participação direta dos trabalhadores ou seus representantes, sofrendo paulatinamente uma redução do seu valor real.

Reconhecendo força normativa da Constituição

A Constituição deve ser recebida como norma jurídica que obriga. Nessa nova visão do constitucionalismo afluíram as idéias de força normativa e constitucionalismo dirigente, superando a idéia de Constituição meramente programática.⁽²⁵⁾

Propondo uma hermenêutica constitucional construtiva

A fragilização do Estado diante das políticas neoliberais e globalizantes⁽²⁶⁾ reflete na sociedade e no Direito e, portanto, exsurge o esgotamento do paradigma "liberal-individualista-normativista" e a exigência de novas posturas dos atores sociais e jurídicos, máxime em face da crescente comple-

(25) LENIO STRECK refere-se ao prefácio à nova edição do "Constitucionalismo Dirigente" de Canotilho. A idéia matriz do constitucionalismo dirigente parecia que vinha perdendo terreno a ponto de CANOTILHO, defensor da Constituição dirigente, ter asseverado, mudando sua posição, que a força normativa teria que ceder parcialmente diante de novos modelos políticos, que se defronta com o desafio de substituir um direito autoritariamente dirigente mas ineficaz, por outras fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade, e conclui que: "a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias". LENIO STRECK esclarece que na realidade há que se contextualizar as afirmações de Canotilho tendo em vista a Constituição portuguesa. Com efeito, esta tinha um caráter revolucionário que foi "normalizado" por sucessivas alterações no texto, diversamente da Constituição brasileira que não contém esta função normativa-revolucionária. Assim, deve-se compreender a questão do ponto de vista de que a constituição possui um núcleo que será diferenciado de Estado para Estado e que, tendo em vista países periféricos e de modernidade tardia, permite afirmar a validade da tese da Constituição dirigente. Todavia, levando em conta as diversidades entre os Estados principalmente a realidade europeia e a brasileira, continua, entre nós, perfeitamente válida a tese da constituição dirigente, sendo que o próprio CANOTILHO deixa claro que não é possível ignorar as especificidades que cercam hoje a noção de Estado-nacional-soberano, mormente levando-se em conta a globalização excludente, o neoliberalismo e a desregulamentação, diante dos quais a noção de Constituição dirigente assume relevância como contraponto. STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 106-126.

(26) Neste ponto, ver Milton SANTOS, em sua obra "Por uma outra globalização", para quem globalização não prescindir do Estado, ao contrário, conta com ele para a efetivação dos objetivos, exemplo claro é visto nos esforços dos Estados para atrair empresas e grandes grupos. A proposta é a criação de uma resistência feita a partir da cultura local e das regionalidades. Afinal, não existe o "cidadão do mundo", pois o conceito de cidadão só existe a partir de um lugar específico. Sobre o assunto, ver COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*, p.106: "a transmodernidade repercute pois no conceito de Estado, primeiro, porque a ampliação do âmbito de exercício dos direitos subjetivos e a desreferenciação da sociedade solapa os fundamentos do Estado Moderno em sua territorialidade e soberania, tanto no plano interno, como o poder de fazer leis, quanto no exterior, como sujeito de direito internacional, mas também porque o Estado cede aos poucos sua exclusividade como forma predominante, quase final, de organização política, para outras formas que aos poucos o vão substituindo."

xidade social. Na seara do constitucionalismo, o modelo constitucional do *Welfare State*,⁽²⁷⁾ não sem uma crise ideológica e filosófica que deu origem às reações liberais, aprofunda-se na fórmula de um Estado Democrático de Direito, que procura definir hoje os contornos do Estado brasileiro.

A oposição colocada pelas políticas neoliberais — que se utiliza, para o intento, do argumento da globalização — incide de forma direta nas instituições do Estado e coloca em xeque a própria idéia de constituição que parece não se adaptar aos novos postulados. Somente através da constituição dirigente, da soberania e de um efetivo Estado Social, os Estados que ainda não chegaram ao pleno desenvolvimento, como o Brasil, podem sobreviver.

Assim, em face das necessidades de políticas públicas na luta contra a miséria e as desigualdades, o ordenamento constitucional deve apontar para um Estado fortalecido, intervencionista e regulador do mercado, mesmo que, em contrapartida, a prática constitucional ainda seja, sob alguns aspectos, frágil e o pensamento dogmático dominante empenhe uma adequada filtragem constitucional a ser realizada no plano da jurisdição constitucional.⁽²⁸⁾ Como adverte *Comparato*, “quando a civilização capitalista procura tornar o Direito uma simples técnica de organização eficiente da via econômica, em proveito da classe empresarial [...] a finalidade do Estado reduz-se, tecnicamente, à tarefa de organizar, de modo seguro e eficiente, as atividades de mercado, e a Constituição tende a tornar-se um simples regulamento econômico-administrativo, mutável ao sabor dos interesses e conveniências dos grupos dominantes”.⁽²⁹⁾

Esta prática constitucional que leva a inefetividade da maioria dos dispositivos constitucionais se perpetua pelo equivocado ensino jurídico baseado ainda em uma ênfase em disciplinas ministradas sob os olhos do dogmatismo cego e omissivo,⁽³⁰⁾ sem sequer uma adaptação ao novo modelo constitucional, e por formas de interpretação permeadas por regras e baseada na possibilidade (impossível, ante a perspectiva da “nova crítica do direito”) de se extrair sentido da norma,⁽³¹⁾ identificar *mens legis*, nos quais paradig-

mas como o de que *in claris fit interpretatio* ou a dualidade *voluntas legis* e *voluntas legislatoris* obstaculizam o acontecer⁽³²⁾ da Constituição.

Assim, a inefetividade da Constituição liga-se de forma direta ao específico modelo hermenêutico tradicional que reflete a complicada convivência do Estado Democrático de Direito com as reações liberais e com o modelo do *Welfare State*, além dos fatores político-ideológicos colocados por uma nova Constituição, aos quais *Canotilho* anota dois tipos de postura: a eleição de fundamentos interpretativos que lhes permitam vulnerar direta ou indiretamente a estrutura normativa da Constituição, por parte daqueles que optarem por concepções ideológicas opostas a ela,⁽³³⁾ e aqueles que exercitam interpretação em sintonia com os princípios fundamentais, que a Constituição contempla para manutenção de sua força normativa.

As possibilidades de resgate de um direito comprometido com as mudanças sociais

Em face do sentido comum teórico ou, como indica *Lenio Streck*, ato tratar dos sintomas da inefetividade da Constituição, da “baixa-constitucionalidade”⁽³⁴⁾, não houve ainda uma compreensão da Constituição necessária ao Estado Democrático de Direito, no sentido da apreensão da “essência” da Constituição. Predomina, assim, um direito individualista, egocêntrico e deficiente, que não responde a uma sociedade dita pós-moderna, em crescente complexidade.⁽³⁵⁾ A magistratura é treinada dentro do excesso de individualismo e formalismo, carecendo todavia de uma percepção exata da dimensão socioeconômica onde as diferentes formas de ação transitam.⁽³⁶⁾ Daí a necessidade de uma transformação, de uma recuperação das possibilidades do Direito como fator transformador e de mudança social,⁽³⁷⁾ superando o imobilismo diante da miséria e da exclusão dos não-incluíveis.

(32) *Ereignen* – no sentido analítico existencial do *Dasein* (ser af), que pode ser considerado em função de um acontecimento que não ocorreria sem ele, mas cuja fonte ele não seria, acontecimento que ele não pode dominar. HUISMAN, Denis. Dicionário dos Filósofos, p. 475.

(33) LENIO STRECK lembra que a primeira orientação foi seguida na República de Weimar para desvalorizar o caráter normativo da Constituição. A citação de *Canotilho* está na sua obra *Direito Constitucional*, p. 224.

(34) A expressão “baixa constitucionalidade” é cunhada por LENIO STRECK. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit, p. 178-185.

(35) Basta notar como no direito do trabalho a interpretação da constituição tem sido “conforme a CLT”.

(36) Em recente resumo do Encontro Estadual de Direitos Humanos da OAB – SP, onde se discutiu a implementação dos direitos sociais e econômicos, é mencionado que uma das principais dificuldades na efetivação dos direitos humanos consiste na visão equivocada com que estes direitos vêm sendo tratados, através da noção de que os direitos civis são prioritários sobre os direitos sociais. Sobre o papel do juiz, ver *COMPARATO*, Fabio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos, p. 15-29.

(37) Neste sentido, GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. O autor fala em Democracia formal, que pode ser vista como uma idéia

(27) Lembra LENIO STRECK que não se pode conceber “o” Estado do Bem-Estar, mas que sua unidade estaria na intervenção do Estado e na promoção de serviços, na proteção do cidadão e na garantia de certos direitos STRECK, Lenio Luiz, p. 63-64.

(28) A expressão “filtragem constitucional”, a partir do pensamento de SCKIER, denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*.

(29) *COMPARATO*, Fabio Konder O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos, p. 16.

(30) Neste sentido critica LEDUR a prevalência no ensino jurídico dado ao estudo das leis infra-constitucionais, levando a uma dificuldade na compreensão e internalização da Constituição. LEDUR, José Felipe. A realização do direito ao trabalho, p. 50.

(31) Impõe-se aqui indicar a crítica ao princípio “*in dubio pro operário*”, como se a proteção fosse resultante de um processo de interpretação cujo resultado gerasse uma dúvida e, só então é que incidiria a proteção.

Lenio Streck, fundado em Elias Diaz⁽³⁸⁾ sobre a necessidade desta transformação, aponta com perspicácia e brilhantismo — especialmente para os juslaboralistas que se acomodaram com a visão de que o direito do trabalho é em si mesmo, e independentemente de qualquer ação, dinâmico e protetor — uma das teses pelas quais o Direito e o Estado são vistos como mecanismos retardatários e imobilistas da sociedade ou mesmo para a opressão: a negação ou minimização dos efeitos reais e progressivos de transformação que se têm produzido através de leis protetoras e impulsadoras, como os direitos sociais e políticos.

Situar o Direito como fator de mudança social qualitativa, conferindo às relações sociais uma forma jurídica, sem descaracterizá-las, estáveis, implica, por óbvio, uma nova visão do Direito como fator impulsador, tais como os movimentos sociais. Só é possível pensar no direito constitucional ao salário mínimo por meio de uma nova compreensão hermenêutica.

Justiça Constitucional e Estado Democrático de Direito

A noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais.⁽³⁹⁾ Neste sentido, Lenio Streck, fundado-se em Castoriadis⁽⁴⁰⁾, menciona que esta noção de Estado se acopla ao conteúdo material das Constituições através dos valores substantivos que apontam para uma mudança social. Castoriadis deixa clara sua crítica à insuficiência das concepções processuais-procedimentais acerca da democracia, afirmando que sem a intervenção profunda na organização substantiva da sociedade, buscando a autonomia da coletividade, sequer seria possível uma 'democracia processual' que não fosse uma fraude, ou seja, a concepção processual e sempre obrigada a introduzir juízos de substância. Assim, segundo o trilhar de Lenio Streck, a inadequação da lei que fixa o salário mínimo só pode ser resolvida pela tarefa criativa dos juízes, e os indivíduos encarregados de conduzir os processos democráticos necessitam de espírito crítico para compreender a complexidade da própria democracia, sob pena de, a partir de uma formação dogmática e autoritária, construir a antítese do processo democrático.⁽⁴¹⁾

que se transporta para o papel, ao se fixar no texto constitucional, e substancial, na medida em que sai do papel para implantar-se na realidade social, por meio de um esforço conjunto dos múltiplos componentes da sociedade, atentos à força normativa da Constituição (K. Hesse).

(38) DIAZ, Elias. Curso de filosofía del derecho, p. 143-154.

(39) São múltiplos os princípios constitucionais básicos a serem concretizados na busca da realização da democracia. Todos eles, no entanto, convergem para um ponto central: a *pessoa humana*. Em razão de sua dignidade, não pode esta se sujeitar ao despotismo de um monarca, nem se ver impedida de gozar os direitos fundamentais por meio dos quais constrói sua identidade enquanto *pessoa*. Ob. cit., p. 25.

(40) CASTORIADIS, Cornelius. A ascensão da insignificância, p. 255 e segs. Apud STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 130, nota 3.

(41) "Essa inadequação só pode ser resolvida pelo trabalho criativo do juiz, que se coloca 'no lugar do legislador'. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 131.

Em contraponto às idéias de Habermas,⁽⁴²⁾ Lenio Streck retoma a questão do Estado Democrático de Direito que representaria a "vontade constitucional de realização do Estado Social", sendo a Constituição "a explicitação" do "contrato social", representativa de uma "confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas."⁽⁴³⁾ Assim, a Constituição passa a ser um sentido, que deve constituir uma nova sociedade, a partir de uma interpretação, pois uma coisa só é na medida em que é compreendida como coisa (*Dasein* — o ser é o ser aí e somente assim poderá compreendê-lo, como diz Heidegger). Diante disso, impõe-se que o Judiciário não tome uma postura passiva diante da sociedade, afastando a prática procedimentalista, e atuando e realizando os fins sociais onde o processo político do legislativo e do executivo falha ou se omite, embora não somente exclusivamente em tais situações. É proposta, assim, uma "resistência constitucional"⁽⁴⁴⁾ entendida como processo de identificação e detecção do conflito entre princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores, superando o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material. Afirma Lenio Streck que "[...] este processo de resistência constitucional implica, entre outras tarefas, a utilização, de forma ampla, dos mecanismos de acesso à justiça, mormente à jurisdição constitucional, através do controle difuso de constitucionalidade e do controle concentrado, sob suas várias formas, sem olvidar as ações constitucionais específicas, como o mandado de injunção, o mandado de segurança, a ação popular, a arguição de descumprimento de preceito fundamental etc."⁽⁴⁵⁾

(42) As afirmações postas levam ao problema que envolve procedimentalistas e substancialistas; a primeira, sustentada por HABERMAS (Direito e Democracia — entre facticidade e validade), envolve a crítica à intervenção do Direito na política e, embora reconheça a importância da tarefa política da legislação, distinguindo discurso da justificação do da aplicação e sustentando uma abordagem deontológica e não axiológica pelo juiz e, neste mister, fica aberta a questão de como operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de Direito, sem que a justiça lance mão de competências legislativas. A idéia da concretização de valores constitucionais materiais poderia transformar os Tribunais Constitucionais em uma instância autoritária, pelo que propõe um modelo de democracia constitucional não fundamentado em valores (conteúdos substantivos), mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade, criticando a opção substancialista na medida em que o Tribunal Constitucional deverá ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. O modelo substancialista, por sua vez, ressalva sempre o problema do fundamento da Constituição a partir da perspectiva do constitucionalismo dirigente, dando absoluta relevância ao papel do Poder Judiciário, mormente quanto à jurisdição constitucional.

(43) STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise, p. 37.

(44) Expressão acolhida do pensamento de Lenio Streck, por Garcia Herrera. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 167, especialmente nota 65: "resistência constitucional, entendida como o processo de identificação e detecção do conflito entre princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores que entram em contradição com aqueles: solidariedade frente ao individualismo, programação frente à competitividade, igualdade substancial frente ao mercado, direção pública frente a procedimentos pluralistas".

(45) STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 167.

A "Nova Crítica do Direito"⁽⁴⁶⁾

O caráter da interpretação, para Gadamer, é sempre produtivo. Esse aporte produtivo faz parte inexoravelmente do sentido da compreensão ... para interpretar, é necessário compreender e para compreender, ter uma pré-compreensão constituída de estrutura prévia de sentido. A partir desta matriz teórica heideggeriana-gadameriana, Lenio Streck afirma que a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta sobre o modo como esse sentido se dá, qual seja, pelo *Dasein* que só pode ser entendido como ser do ente, ou seja, a compreensão do ser pertence ao modo de ser deste ente e que é sempre constituído em sua relação com o mundo.

O conhecimento como interpretação não é o desenvolvimento e a articulação das fantasias que o *dasein*, como sujeito individual, possa ter sobre o mundo, mas, sim, a elaboração da originária relação com este mundo que o constitui. Essa idéia de conhecimento como articulação de uma pré-compreensão, Heidegger chama de "círculo hermenêutico". Para ele, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, pois a compreensão é entendida como estrutura ontológica do ser-aí onde o aí são as coisas que, ao aparecerem chegam ao ser, não sendo este modo uma propriedade do ser, mas o próprio ser. Assim, o sentido não pode derivar do ser e sim fazer parte dele, ou seja, o ser se dá pela compreensão e tem na linguagem seu meio de acesso ao mundo e, sem ela, não há existência porque é ela quem constitui o próprio saber (tido com um sentido de mundo). Hermenêutica, em Heidegger, é levar o ser a se manifestar como fenômeno e compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser.⁽⁴⁷⁾

Uma "Nova Crítica do Direito" é sacada do pensamento de Lenio Streck a partir deste paradigma hermenêutico, como uma maneira peculiar de compreensão do Direito, rompendo com a idéia de subsunção de um caso à regra — silogismo. O Direito, tido como fenômeno linguístico, condiciona-se a esta possibilidade de compreensão no sentido de Heidegger e Gadamer, ou seja, é a linguagem que determina a compreensão e a própria interpretação, e nisto se dá a própria existência. No plano da Constituição, sendo uma norma jurídica válida apenas quando estiver em conformidade com ela, esta aferição exige uma pré-compreensão acerca do sentido da Constituição e aí a "Nova Crítica do Direito" refoge à hermenêutica tradicional que primeiro compreende, depois interpreta, para só então aplicar, pois, estes três momentos ocorrem em um só, no entremeio do "círculo hermenêutico". Afirma Lenio Streck que "[...] é preciso e (e necessário) desmi(s)tificar a tese corrente no senso comum

teórico dos juristas (*habitus*), de que o juiz primeiro decide e depois justifica/fundamenta sua decisão. Hermenêuticamente, é razoável afirmar, a partir da Nova Crítica do Direito, que 'o julgador não decide para depois buscar a fundamentação; ao contrário, ele só decide porque já encontrou o fundamento'⁽⁴⁸⁾ (grifo nosso), o fundamento é condição de possibilidade para a decisão. Hermenêutica assim é condição do ser no mundo, existência e antecipação de sentido mediante uma pré-compreensão. Só é possível olhar o novo texto constitucional de 1988 se nossos pré-juízos não estiverem dominados por uma compreensão inautêntica do Direito.⁽⁴⁹⁾

"Angústia do estranhamento" e o "caráter antimetafísico" da "Nova Crítica do Direito"⁽⁵⁰⁾

A tradição dogmática jurídica brasileira relegou a segundo plano a jurisdição constitucional. No dizer de Dallari⁽⁵¹⁾: "são raros os juízes que decidem os conflitos aplicando a constituição ou lembrando-se da existência dela". Daí, a enorme dificuldade do que Lenio Streck denomina de "angústia do estranhamento" com o novo, em que o sentido da Constituição continua velado ante a ausência de tradição constitucional que obstaculiza o processo de interpretação do jurista. Para Gadamer, toda experiência é confronto⁽⁵²⁾ que opõe o novo ao antigo e nunca se sabe se o novo irá prevalecer. A Constituição da República de 1988, entendida como novo, somente tem condições de triunfar sobre a tradição inautêntica do Direito, pressupondo a destruição do antigo modelo e o acontecimento da Constituição entendida não com um sentido, mas um sentido de Constituição.

(48) STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 180.

(49) Neste ponto LENIO STRECK traz um exemplo "teratológico" relatado por Elio Gaspari, que é o caso de um cidadão que requereu o benefício do INSS com fundamento no artigo 203 da CF, que assegura um salário mínimo às pessoas inválidas. A lei estabelece que o benefício é concedido se a renda *per capita* da família não exceder a 25% do salário mínimo, no caso, fosse superior a 30 reais. No caso analisado, o pai do autor recebia 169 reais e vinte centavos e a divisão entre os cinco membros da família excedia em R\$ 3,84 o teto da lei e, assim, o benefício foi negado e confirmada a decisão pela consultoria jurídica do órgão, sob fundamento de que a família não era "uma família miserável" !!!! STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 186-7, nota 35.

(50) As expressões "angústia do estranhamento", "caráter antimetafísico" e "nova crítica do direito" são de LENIO STRECK. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit. p. 189-192; 216-223 e 169-223.

(51) DALLARI, Dalmo. Constituição e Constituinte. São Paulo : Saraiva, 1980.

(52) Gadamer se opõe ao cientificismo moderno e enfrenta o problema da experiência da verdade que se apresenta fora da ciência. Partindo da observação, conclui que, em outros campos, sobretudo na arte, o homem faz experiência da verdade, na medida em que é realmente modificado por seu diálogo com a obra...cada ato interpretativo de fatos e documentos do passado é uma nova mediação que intervém no elemento "linguagem"...a linguagem não pode ser considerada um mero instrumento do pensamento...deve se aceitar que ela é constitutiva do mundo do homem, como dimensão insubstituível de sua experiência, em que se revela incessantemente a "significação do mundo". HUISMAN, Denis. Dicionário dos Filósofos, p. 419.

(46) A "Nova Crítica do Direito" é a grande (embora não a única) criação do pensamento de Lenio Streck. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 169 a 223; em especial p. 169, final.

(47) Conforme STEIN, Ernildo. citado por STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 170; v., ainda e em especial, nota 3, p. 170.

Em Lenio Streck⁽⁵³⁾ o sentido do ser de um ente não pode constituir o sentido do ser de outros entes, não se deduz um existencial de outro, e o próprio fundamento é "sem fundo", ou seja, infinito. A Constituição, segundo o autor, muito embora fundamento de validade do sistema jurídico, não pode ser considerada categoria fundante ou premissa maior de onde se possam deduzir sentidos e, assim, não se separa do intérprete exigindo um compreender existencial dentro do "círculo hermenêutico".⁽⁵⁴⁾ Os métodos interpretativos tradicionais, consideram a idéia de um Direito Constitucional autônomo, que deriva para dualismos metafísicos como a separação entre legalidade e constitucionalidade, e uma visão dos demais direitos sem que se tome a Constituição, como quer Lenio Streck, neste "sentido existencial".⁽⁵⁵⁾ E, aduz o autor, "Isto, à evidência, não implica entender que a Constituição (seu texto) tenha que ter 'um sentido', mas, sim, que haja 'um sentido de Constituição'. Desnecessário, neste ponto, dizer (e alertar) que a Constituição não é aqui entendida como 'topos conformador' de uma atividade subsuntiva, onde o seu texto seria a última 'ratio' do sistema, atuando como um-repertório-de-conceitos-abstractos — espécies de significantes primordiais-fundantes — à espera de uma 'acoplagem' proveniente da infraconstitucionalidade...".⁽⁵⁶⁾ Os métodos tradicionais de interpretação são frágeis na medida em que tendem a "objetificar"⁽⁵⁷⁾ o Direito impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito. A "Nova Crítica do Direito" busca superar este pensamento dogmático (e metafísico) vigorante a partir da hermenêutica filosófica (em contraponto a hermenêutica lingüística).

Controle constitucional e a questão hermenêutica

O texto jurídico-político avançado produzido a partir da Assembléia Nacional Constituinte de 1987, todavia, ainda não gerou um "acontecer constitucionalizante", no dizer de Lenio Streck. Foi assim no controle abstrato de omissão constitucional, que o Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1458-7, posicionou-se no

sentido de que "a insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. A omissão do Estado [...] qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental". Ao dever de legislar imposto ao Poder Público com observância aos parâmetros constitucionais, corresponderia segundo o STF o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, atender as necessidades vitais básicas suas e de sua família, com revisões periódicas que preservem o poder aquisitivo. Todavia, muito embora reconheça a inconstitucionalidade por omissão parcial (art. 103, § 2º, CR/88), derivada da insuficiente concretização do conteúdo material da norma impositiva constitucional, consoante jurisprudência firmada na Corte,⁽⁵⁸⁾ entender incabível a medida liminar postulada, por ser inviável que se pretenda por mero provimento cautelar a antecipação dos efeitos positivos inalcançáveis pela decisão final. Em tal hipóteses, caberá ao STF "cientificar o legislador inadimplente para que adote as medidas legislativas necessárias à concretização do comando constitucional".

No modelo de 1988, ao contrário do que ocorre nos países que o inspiraram (Portugal e Espanha), não foi adotada a fórmula do Tribunal Constitucional — em alguns países localizado fora do âmbito do Poder Judiciário —,⁽⁵⁹⁾ com a específica função de controlar a constitucionalidade das leis e dos atos dos Poderes do Estado. Mantendo a fórmula do controle misto de constitucionalidade adotado no Brasil, ele se mostra relevante na medida em que permite aos juizes de primeiro grau e aos tribunais realizarem a filtragem constitucional, muito embora os operadores jurídicos ainda não tenham se dado conta do necessário desvelamento da Constituição para resolver problemas do Direito,⁽⁶⁰⁾ máxime em sendo o controle difuso a via de acesso do cidadão à jurisdição constitucional.

(53) HEIDEGGER diz que o fundamento é "sem fundo", tendo sido adaptado para o Direito por LENIO STRECK. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 193

(54) No tocante ao "círculo hermenêutico", impõe-se notar que se trata de noção de um espaço em que o intérprete fala e diz o ser na medida em que o ser se diz a ele, e a compreensão exige uma antecipação de sentido anterior trazido pelo próprio ser. Esta noção, para Lenio, é incompatível com métodos e técnicas de interpretação por partes ou fases. Ver STRECK, Lenio Luiz. Op. cit. p. 195.

(55) A expressão originalmente vem proposta por LENIO STRECK. Sobre tema, bastante complexo, ver em especial STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p.192-199.

(56) STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 193.

(57) LENIO STRECK afirma, de forma inovadora, que os métodos "objetificam" o Direito: "Daí que é possível afirmar que, no pensamento dogmático do Direito (*habitus dogmaticus*), o Direito (o texto jurídico) não é mais pensado em seu acontecer, uma vez que o 'método objetifica o Direito'". STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional..., p.206 e Hermenêutica jurídica..., p. 245.

(58) RTJ 133/569, Rel. Min. Marco Aurélio, ADIn 267-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

(59) "A interpretação é um processo aberto... a ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação" em HABERLE, Peter, Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição.

(60) Neste sentido, releva dizer que o STF não tem aceitado a interposição de recurso extraordinário por violação a princípio em que pese em diversas decisões aplicar princípios como os da razoabilidade e proporcionalidade. LENIO STRECK afirma que

Até novembro de 1965 vigorava no Brasil o controle difuso de constitucionalidade, mais recentemente, a Lei n. 9.868/99 estabeleceu o processo e o procedimento para as ações diretas de inconstitucionalidade, estabelecendo em seu artigo 28 o efeito vinculante da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Lenio Streck⁽⁶¹⁾ considera que o efeito vinculante aí adotado, na medida em que a institucionalização da interpretação conforme e da inconstitucionalidade parcial é uma aceitação pelo legislativo, a possibilidade do Judiciário exercer uma hermenêutica produtiva. Do ponto de vista da "Nova Crítica do Direito", o efeito vinculante não pode prevalecer, na medida em que não se pode dar vinculação a um sentido, impondo ao sistema uma única interpretação correta, desconsiderando outras possibilidades hermenêuticas do sistema.

Conforme Coelho, todo processo de reforma constitucional está sujeito a reexame através do controle de constitucionalidade, podendo o Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional uma emenda por violação aos princípios⁽⁶²⁾ e aos limites explícitos do artigo 60, § 4º, e, ainda, levando em consideração as vedações implícitas, dentre elas, a proibição do retrocesso social, que deverá servir de "piso hermenêutico"⁽⁶³⁾ para novas conquistas.

O problema é sempre hermenêutico e, neste sentido, na esteira das considerações de Lenio Streck,⁽⁶⁴⁾ surgem diversas problemáticas com relação à interpretação constitucional, destacando a Lei n. 9.882/99 que regulamentou a "arguição de descumprimento de preceito fundamental" como instrumento relevante na proteção e efetivação dos direitos do cidadão, em que pese o veto à participação deste como legitimado em restrição não prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição, veto este que é visto como "insofismável e clara restrição a direito fundamental". A ADPF é justamente um remédio supletivo para impugnação de atos não suscetíveis de impugnação mediante ação direta de constitucionalidade. Importante destacar que "preceito fundamental" é mais amplo que princípio fundamen-

tal e, neste mister, a ADPF abre inclusive a possibilidade de questionamento da constitucionalidade de súmulas que violem tais preceitos.

Indivisibilidade dos direitos: pela superação de uma abordagem de gerações ou dimensões

Para pensar a efetividade da norma constitucional que cria o direito fundamental a um salário mínimo, é preciso, antes de qualquer coisa, perceber o direito na sua indivisibilidade ou unidade, independentemente de qualquer classificação que é sempre enclausuradora e reducionista dos fenômenos complexos, e aleatória na escolha do discrímen. A sua concretização⁽⁶⁵⁾ enseja sempre a exigibilidade de prestações positivas do Estado e geram sempre situações imediatamente desfrutáveis, bem como implicam prestações negativas e, por vezes, ao mesmo tempo, contemplam interesses cuja realização depende de lei infra-constitucional, sem qualquer critério de prevalência ou supremacia, que somente perpetua a "baixa constitucionalidade".⁽⁶⁶⁾

O acontecimento dos direitos fundamentais se deu, em parte, através das declarações de direitos que sucederam ao iluminismo durante as revoluções libertárias do final do século XVIII e, portanto, é representativo do pensamento liberal burguês. A positivação dos direitos fundamentais não pode significar a incorporação na ordem jurídica de direitos considerados como *naturais* e *inalienáveis* dos indivíduos. Esse processo, contudo, não significa que os direitos fundamentais deixaram de ser *elementos constitutivos da legitimidade constitucional* e, por conseguinte, elementos legitimativo-fundamentantes da própria ordem jurídico-constitucional positiva, nem que a simples positivação os torne, por si só, *realidades jurídicas efetivas*.⁽⁶⁷⁾

Afirmou-se que a primeira geração, ligada às liberdades individuais, era representada pela declaração de direitos mínimos destinados a proteger o indivíduo frente à atuação estatal. Buscou-se limitar a intervenção do Estado frente ao sujeito de direito, também conhecida como uma fase negativa do Poder Estatal. A idéia não se refere a uma análise de qualidade de seu papel — portanto, Estado mínimo —, mas sim a uma postura a ser adotada pelos governantes, no sentido de não intervir demasiadamente contra o espaço das liberdades individuais. As declarações de direito surgiram, pois, como um instrumento jurídico que visava tutelar tais liberdades e o pensamento dos direitos fundamentais foi forjado a partir de tal concepção liberal. Tais direitos, civis e políticos, já haviam se consolidado perante o jusnaturalismo — *universalidade formal* —, têm como titulares o indivíduo, sen-

o fundamento constitucional desses dois princípios confunde-se com os fundamentos dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proibição de excesso, da proibição do desvio de finalidade da lei, da reserva legal, e de todos os princípios vinculados umbilicalmente aos direitos fundamentais. Dentro da Nova Crítica do Direito, o sentido do texto constitucional adquire sentido a partir (do sentido) do princípio, ou seja, quando se fala em Constituição, os princípios já estão lá, pois há uma unidade do ser na medida em que o ser é o seu fundamento, que é a estrutura prévia do sentido que desde sempre é dado pelo intérprete como ser — no — mundo. Ob. cit., p. 414.

(61) STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 441.

(62) Sobre a possibilidade de ser declarada inconstitucionalidade de emenda, ver artigo sobre a inconstitucionalidade da Emenda n. 28 que igualou os prazos prescricionais para empregados rurais e urbanos, em COELHO, Luciano. A prescrição do rural e a questão da proteção aos direitos sociais.

(63) "piso hermenêutico" é expressão de LENIO STRECK.

(64) Ver LENIO STRECK. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 403-5.

(65) BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira, p. 99-100.

(66) A expressão é de LENIO STRECK. Ver, supra, nota de rodapé 34.

(67) CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 372.

do oponíveis ao Estado e se traduzindo como faculdades ou atributos da pessoa; ostentam ainda uma *subjetividade* como traço característico. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado,⁽⁶⁸⁾ pelo que o Poder Estatal não mais poderia, ou não deveria, violar o direito à vida, à liberdade e à propriedade do indivíduo, sem o devido processo legal, garantia diretamente ligada à limitação dos poderes estatais. O Liberalismo pregava o Estado Garantidor, mas não sua supressão total ou retirada de alguns espaços — Estado Mínimo. Logo, em certos casos, as liberdades individuais seriam restringidas pelo Governo, mas de forma limitada, tendo em vista outros valores, mas sempre associada diretamente ao princípio da legalidade. O devido processo legal como limitador aos governantes, destinado a evitar a prática de abusos e ilegalidades, principalmente em relação às liberdades individuais dos sujeitos reflete a expansão dos instrumentos processuais de proteção da liberdade como *habeas corpus*, mandado de segurança e o direito de ação em geral.

Já a segunda geração dos direitos fundamentais é indicada como fruto de um descontentamento surgido a partir da Revolução Industrial, quando surgiram novas modalidades de utilização/exploração da força de trabalho do homem. Com o aparecimento de novas máquinas, a burguesia, como classe social, vê-se fortalecida na figura dos grandes empresários industriais, que tiveram aumentos consideráveis em suas margens de lucro. Realmente, o avanço tecnológico atuou como um catalisador do desenvolvimento da produção em grande escala, substituindo processos manuais até então utilizados. Mas, ao contrário do que se esperava — e, note-se, nos dias de hoje a situação não é tanto diferente — a incorporação da tecnologia e o processo de maquinização da produção não resultou em melhores condições para os indivíduos que trabalhavam nas fábricas. Pelo contrário, fez surgir uma nova classe, o proletário, representada por trabalhadores que realizavam jornadas diárias exaustivas e percebiam poucos ganhos. A lógica produtiva não teve — e não tem — limites. Abusou de mão-de-obra masculina, feminina e infantil. O comércio mundial se expandiu e, com a matéria prima das colônias — Américas, Índia, África etc —, os industriários europeus fizeram crescer um capitalismo selvagem e autofágico, cujos graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam resultaram em impactos marcantes, que se perpetuam hoje. Também, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração tão-só formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social e marcaria o rompimento com uma perspectiva liberal/individualista. Não

se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, mas sim liberdade por intermédio do Estado⁽⁶⁹⁾ que, atuante, devem garantir os direitos sociais de promoção da igualdade real.

Mediante o surgimento desses movimentos sociais, os trabalhadores buscavam se organizar para tentar inverter a ordem de grande exploração que prevalecia. Se as jornadas de trabalho e as condições de trabalho na empresa eram péssimas, os salários seguiam a mesma regra, sendo muito baixo e insuficientes para garantir condições dignas aos operários. Os direitos de segunda geração dominaram o século XX, da mesma forma que os direitos de primeira geração dominaram o século anterior. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal.⁽⁷⁰⁾

Novamente, através da mesma técnica de declaração escrita, buscou-se a consolidação desses novos direitos, agora ditos de segunda geração, destinados a suprir as desigualdades sociais e aplacar os movimentos revolucionários que surgiam nas ruas do mundo inteiro. Essa segunda fase, em uma comparação com os ideais da Revolução Francesa, poderia ser considerada como a da *igualdade*, representada por uma atuação positiva do Estado, limitando as desigualdades sociais e buscando prover aos mais necessitados uma condição de vida melhor, com uma preocupação mais social do Poder Constituinte, no sentido de dotar o Estado de um rol de deveres, considerando que sua política de abstenção, até então vigente e própria de um modelo liberal, não serviria para assegurar vida digna aos indivíduos.

Enquanto os direitos de primeira geração teriam, afirmam, um caráter de *obrigações negativas*, os direitos econômicos, sociais e culturais implicariam o nascimento de obrigações positivas que, na maioria dos casos devem sustentar-se com recursos dos cofres públicos.⁽⁷¹⁾ E, então, abriu-se espaço à lógica da eficiência e ao discurso dos custos. Entretanto, os direitos sociais de segunda geração não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas *liberdades sociais*, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um *salário mínimo*, a limitação da jornada de trabalho etc.,⁽⁷²⁾ o que desde pronto demonstra a falibilidade da classificação.

(69) SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 51.

(70) BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 518.

(71) ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, p. 4.

(72) SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 52.

(68) BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 517.

Na esteira de tal pensamento, acrescenta *Cattoni* que é “discutível o quanto a classificação dos direitos em gerações pode contribuir do ponto de vista sistêmico da aplicação adequada dos dispositivos que consagram esses direitos, nas chamadas ‘situações de concorrência ou de colisão’, principalmente quando se trata de direitos considerados como de gerações diferentes”.⁽⁷³⁾ E, adianta, “não bastaria, pois, aos níveis operacionais da produção e da aplicação do Direito uma análise da realidade histórica que reduzisse as decisões jurídicas do presente a uma vinculação estrita com as decisões tomadas no passado [...] a manutenção da coerência interna ou da integridade do Direito pressuporia uma justificação que ultrapassa no presente as razões concretas articuladas no passado, a cada nova decisão”. Assim, para que o Direito pudesse cumprir o seu papel no processo de integração social, necessário uma “percepção” do contexto social do Direito, sendo que a cada nova ‘geração’ os direitos seriam redefinidos em consonância com os “novos” paradigmas.

Não se trata de considerar a interdependência dos direitos humanos, fundada axiologicamente, concebidos estes como “bens jurídicos otimizáveis”, com “cunho eminentemente principiológico”. Primeiramente, não se pode aceitar exatamente o caráter universalista e/ou universalizador dos direitos fundamentais, que integra o patrimônio comum da humanidade (como se os nossos trabalhadores estivessem em uma mesma situação do que os trabalhadores alemães ou franceses, por exemplo); ademais, cumpre afastar o discurso de que a questão da efetividade dos direitos fundamentais revela múltiplas facetas, desafios, busca de soluções e que seria previsto afastar a ilusão de que nos “direitos fundamentais reside a panacéia de todos os males da humanidade”.⁽⁷⁴⁾

Não há que se fazer qualquer distinção entre direitos, nem em relação aos que geram prestações negativas e outros que implicam atuações positivas por parte do Poder Público. Primeiramente, porquanto todos os direitos pressupõem, indistintamente, intervenção estatal, quer quando pressupõem regulamentação ou organização de uma estrutura que se encarregue de por em prática uma atividade, quer, ainda, quando exigem que o Estado, por regulamentação, restrinja faculdades de determinadas pessoas ou as imponha o cumprimento de obrigações ou disponibilize serviços públicos à população. Tais situações, indicadas por *Abramovich* e *Courtis*,⁽⁷⁵⁾ demonstram à saciedade que direitos ditos de “primeira geração” também exigem do Estado alguma atuação. E, acrescenta-se, não é somente quando o Estado intervém para garantir a efetividade de um direito social, dito de

segunda geração, que há geração de despesas. Também quando assegura a liberdade — de ir e vir —, porquanto deve custear a construção de vias públicas e calçadas, ou garantir o policiamento para que ninguém perturbe o deslocamento, ou fornecer luz para que possa ocorrer o trânsito em período noturno; há gasto a ser realizado pelo poder público mesmo em direitos “de primeira geração”.

Ademais, como indica *Miglino*,⁽⁷⁶⁾ “la tutela di tutti i diritti, sia positivi che negativi, ha un costo che ricade sulla collettività. Certamente, nelle partite contabili di bilancio, sarà più facile individuare quanto i pubblici poteri spendono per assicurare il diritto alla salute, o all’istruzione, che quanto spendono per assicurare le libertà negative, ma non per questo si può assumere che queste ultime non comportano una spesa pubblica.”

Desta forma, afasta-se a principal objeção em relação ao cumprimento dos direitos sociais, ou seja, aquela consideração simplista, como querem *Abramovich* e *Courtis*, segundo a qual “la fuerza vinculante, la exigibilidad o bien la propia “juridicidad” de los derechos económicos, sociales y culturales resulta dudosa ya que la satisfacción de éstos depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado. Esta subordinación, denominada “condicionante económico”, relativizaría la universalidad de los derechos de marras, condenándolos a ser considerados “derechos de segunda categoría”.⁽⁷⁷⁾

Todos os direitos — mesmo os sociais — se consolidam para seus titulares em possibilidades concretas e imediatas de exigência do seu conteúdo, ou seja, em deveres jurídicos exigíveis do Estado ou do empregador.⁽⁷⁸⁾ Se é correto afirmar-se, como faz *Barroso*, que o fato de uma regra jurídica contemplar um direito cujo exercício depende de futura lei integradora não a torna “programática”⁽⁷⁹⁾ e, igualmente, não há retirada de efetividade de um direito se a legislação infra-constitucional é inconstitucional pelo desatendimento dos critérios indicados pela Constituição da República. E, ainda, as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”,⁽⁸⁰⁾ pelo que propugna *Barroso* que “descumprido o comando constitucional, um trabalhador, individualmente, ou o sindicato, representando a categoria, poderão requerer ao Judiciário a observância forçada da norma”.

Tal possibilidade resulta do fato de que os critérios estabelecidos na norma constitucional são

(76) MIGLINO, Arnaldo. Sulla indivisibilità dei diritti fondamentali. Texto apresentado no Workshop Derechos fundamentales y políticas neoliberales, no Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati, Espanha.

(77) ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, p. 12.

(78) BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira, p. 96.

(79) BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira, p. 111.

(80) Artigo 5º, §1º, Constituição da República.

(73) CATTONI, Marcelo. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Texto inédito, p. 2.

(74) SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 373-4.

(75) ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, p. 3-56.

aférveis *in concreto* e, como ressalta o autor, ainda que subsista um certo grau de subjetividade, não erradicável em nenhuma hipótese, por dados oficiais — tal como os valores indicados pelo DIEESE — é possível estimar o valor real do salário mínimo previsto pela ordem constitucional. Basta o juiz declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do ato e, sem redução de texto fixar, com os parâmetros previamente definidos e segundo as avaliações representativa dos fatos por prova técnica (perícia) ou segundo os dados levantados (cesta básica, média de 4 pessoas integrantes de uma família e outros), inclusive o valor já apurado pelo DIEESE, acolher o *quantum* devido. A mesma solução ter-se-ia mediante dissídio coletivo (poder normativo da Justiça do Trabalho) ou por ações coletivas, ou como quer *Bandeira de Mello*,⁽⁸¹⁾ com ação de responsabilidade do Estado pelos danos que causou, cobrando a diferença.

Os denominados direitos de segunda geração resultaram, em primeiro lugar, em *baixa normatividade*, em grande parte em virtude da aceitação da sua própria natureza de direitos como sendo os que exigem do Estado determinadas prestações materiais, nem sempre possível por falta de recursos orçamentários. Abriu-se espaço, ainda mais, para o trânsito do *discurso economicista* e para a *lógica do mercado*. Em um segundo aspecto, passaram à chamada *esfera programática*, por não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção já sedimentados no “senso comum” aos direitos da liberdade, refletindo uma posição ultrapassada, de identificação na Constituição de seu papel de “constituição conselheira” ou “constituição consciência”. É plenamente explicável o motivo pelo qual se desenvolveram instrumentos de garantias dos direitos de “primeira geração”, mas os de “segunda geração”, tal como o mandado de injunção, foram logo dispensados. Logo em seguida, transitaram por uma *crise de observância e execução*, cujo fim parece estar perto, considerando que certas Constituições, dentre elas a brasileira, ao formularem o preceito de *aplicabilidade imediata* dos direitos fundamentais, dão condições plenas aos juristas de fazerem atuar o direito.⁽⁸²⁾ Resta apenas, em uma sociedade plural e aberta, a assunção do papel que devemos todos exercer na necessária concretização, quebrando e retirando as pedras do caminho.

Recolhendo as pedras no caminho da efetivação do direito constitucional ao salário mínimo

Se o salário mínimo é definido em função das “necessidades cuja satisfação deve permitir a existência digna do trabalhador, a quantia que ele representa varia

segundo o modo de conceber as mesmas”,⁽⁸³⁾ como adverte Sússekind, os salários mínimos fixados pelo Congresso Nacional após a vigência da Constituição da República, sob nenhum aspecto atenderam ao comando constitucional, pois não correspondem à soma dos custos das necessidades básicas indicadas no artigo 7º, inciso IV. E, acrescente, que em 1940 o Brasil chegou a ser elogiado pela Organização Internacional do Trabalho, por ter feito “*investigações mais detalhadas de ordem nacional para calcular o salário mínimo devido aos trabalhadores, em relação às suas necessidades*”, tendo o Serviço de Estatística da Previdência e Trabalho recebido das empresas 230.067 fichas utilizáveis, oriundas de 1.017 municípios, em um contingente de 833.855 trabalhadores. Foi realizado ainda um censo entre os trabalhadores que atingiu 584.568 pessoas, sendo 333.269 no interior.⁽⁸⁴⁾

Dentre as várias pedras no caminho do salário mínimo, algumas são atiradas pelos Estados-membros, pelos Municípios e até pela União e outras tantas pela seguridade social, sob o argumento de que seria impossível aos governos assumirem uma recuperação do valor do salário mínimo pelo impacto nas contas públicas.

Em relação ao setor público, devem ser minimizadas as argumentações do impacto no orçamento da recuperação do valor do salário mínimo que inviabilizariam governos municipais, estaduais e federal. Segundo informações do DIEESE, a partir dos dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) referentes a dezembro de 1996, o peso relativo dos servidores que percebem o salário mínimo na administração pública é diminuto em relação aos gastos públicos. No âmbito federal eram 2.077 servidores que percebiam um salário mínimo, ou seja, 0,46% do efetivo total, com um impacto correspondente a 0,02% na folha de pagamento. Nos estados-membros, o peso na folha de pagamento corresponde a 0,47%, em média no que se refere aos trabalhadores que percebem até um salário mínimo e, em nível municipal, cresce para 2,8% da folha.

No tocante à Seguridade Social, não é possível olvidar que após a década de 90, tão-só 19,6 milhões de empregados, em uma população economicamente ativa de mais de 76 milhões de trabalhadores, contribuem para previdência social. Não por outro motivo, alerta *Mattoso*,⁽⁸⁵⁾ é que “o governo fala do problema do déficit da Previdência, sempre se posiciona pela redução dos benefícios, ocultando que o verdadeiro problema encontra-se no cada vez menor número de trabalhadores assalariados que contribuem para o INSS (menos de 26% da PEA), resultado das políticas anti-produção e anti-emprego adotadas pelo

(83) Relatório III, da 5ª Conferência dos Estados da América, membros da OIT, em 1952, p. 20, SÚSSEKIND, Arnaldo. Da remuneração, p. 409, nota 176.

(84) SÚSSEKIND, Arnaldo. Da remuneração, p. 415-6.

(85) MATTOSO, Jorge. Mínimo salário mínimo. *Jornal do Economista*, n.133. <http://www.dieese.org.br/esp/salmin/mattoso.html>, em 21 de agosto de 2002

(81) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, p.31.

(82) BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 518.

governo federal". O impacto nas contas da Previdência Social também merece um desconto. O número de beneficiários que recebiam da seguridade social um benefício equivalente a um salário mínimo chegava a 11.782.815 pessoas, ou seja, 64,15%, consoante dados obtidos em fevereiro de 1999, o que corresponde a 35% do volume em real de benefícios. Mister ponderar, entretanto, com o fato de que se o contingente de trabalhadores com baixa renda, ou seja, os que percebem remuneração próxima a um salário mínimo, computados em mais de 1,4 milhão ou com remuneração de até um salário mínimo, ou em torno de 4,2 milhões, que recebem entre 1 e 2 mínimos, somados ao cerca de 1 milhão de militares e funcionários públicos estatutários que ganham até 2 mínimos, que resultam em aproximadamente 7 milhões de brasileiros e de suas famílias aumentassem a sua contribuição social, além de serem diretamente beneficiados com uma efetivação da norma constitucional que assegura o salário mínimo digno, também gerariam mais aportes financeiros para a instituição.

Não há condições de desenvolvimento econômico sem um mercado interno fortalecido. Alerta *Feldmann* que hoje existem 45 milhões de brasileiros com mais de 18 anos de idade que não têm acesso ao sistema bancário, já que as classes D e E estão inchando, já incorporando 70 milhões de pessoas que somente conseguem consumir o mínimo para subsistência. A classe D, indica o autor, reúne famílias compostas de 4 pessoas que recebem entre R\$ 350,00 e R\$700,00 por mês; cada membro da família conta com somente R\$ 6,00 por dia para viver.

Conclusões

Embora não tendo a pretensão de exaurir o tema, conclui-se que:

a) as *gerações ou dimensões* dos direitos fundamentais representam o pensamento liberal, identificado, de certa forma, com um processo histórico-evolutivo desses direitos empregados como mecanismo retórico para não concretização dos direitos. Nota-se, assim, que as novas classificações e positavações em textos constitucionais não resul-

taram, necessariamente, na devida e enunciada *eficácia* e, ademais, mascaram no discurso dos custos a inatividade inexplicável do poder público;

b) para além de emergir um direito, a norma constitucional que fixa o salário mínimo estabelece um dever, a ser atendido diretamente pelos tomadores de mão-de-obra e pelo próprio Estado, tanto no que se refere à fixação dos valores, quanto a políticas públicas que versem sobre geração e distribuição de renda;

c) a atuação estatal representará fomento ao crescimento econômico, bem a garantia de justiça social, com uma legislação voltada à redução do lucro e à divisão dos ganhos, permitindo a circulação de mercadorias e a inclusão dos não incluíveis;

d) é necessário superar a idéia de que pagamento de valores aos trabalhadores é custo da empresa, pois se trata, em efeito, de investimento, tanto diretamente em força de trabalho e assim como produção de bens e serviços, quanto indiretamente em inclusão no mercado pelo aumento da capacidade de compra com crescimento do consumo decorrente do aumento do poder aquisitivo;

e) o Estado, igualmente, aumentaria a arrecadação na medida em que a carga tributária incide sobre a folha de pagamento e, de forma secundária, por impostos indiretos sobre a circulação de mercadoria e prestação de serviços e, deixaria de gastar com políticas públicas de geração e complementação de renda, projetando para a iniciativa privada o dever de, ao tomar força-de-trabalho, remunerá-la em conformidade com a dicção constitucional;

f) os magistrados, no exercício da função jurisdicional, devem aplicar direta e imediatamente a norma constitucional garantidora do direito ao salário mínimo e, diante da inconstitucionalidade por omissão parcial da lei infra-constitucional, acolher os valores apurados pelo DIEESE, ou determinar por perícia o levantamento dos valores devidos. Afinal, como salientou *COMPARATO*, "*uma decisão judicial que negue, no caso concreto, a dignidade humana é imoral e, portanto, juridicamente insustentável*".⁽⁸⁶⁾

(86) *COMPARATO*, Fabio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos, p. 29.