

APLICAÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS TRABALHISTAS*

Oscar Ermida Uriarte**

Vamos nos referir aos direitos humanos ou direitos fundamentais, utilizando ambas as expressões como sinônimas. Direitos humanos são, em nossa concepção, aqueles direitos inerentes, próprios da personalidade humana; por isso se chamam direitos humanos. Esses mesmos direitos humanos são direitos fundamentais. São direitos fundamentais porque são direitos humanos, são fundamentais enquanto são essenciais à personalidade humana.

Agora, falando não de Filosofia, mas de Direito, quais são as fontes jurídicas dos direitos humanos? As fontes jurídicas, não as fontes políticas, sociológicas, etc. As fontes jurídicas dos direitos fundamentais. Aqui entramos no debate entre jusnaturalismo e juspositivismo, mas não quero entrar nesse debate, por mais que eu tenha a minha posição.

A partir de um ponto de vista ainda puramente normativista, quase positivista, eu diria, atendendo a normas jurídicas propriamente ditas, os direitos humanos são direitos supraordenados ao legislador ordinário em normas da mais alta hierarquia, isto é, a Constituição, no ordenamento jurídico nacional, e as normas internacionais, na ordem jurídica internacional. Esse enfoque de se considerar direitos humanos fundamentais aqueles provenientes ou não do jusnaturalismo, mas reconhecidos e supraordenados nas normas da mais alta hierarquia, permite entrar no tema, de um ponto de vista estritamente jurídico, no sentido mais tradicional do termo normativo, mas unificando a questão no mais alto patamar do ordenamento jurídico: Constituição e normas internacionais, que, além disso, coloca a questão em duas das três principais particularidades do sistema de fontes do Direito do Trabalho.

No meu modo de ver, as grandes particularidades das fontes no Direito do Trabalho são, primeiro, a autonomia coletiva, a existência, no Direito do Trabalho, de uma fonte de direito não estatal. Os trabalhistas não são conscientes

* Conferência proferida em 2004 no "Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais", evento promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho.

** Catedrático de Direito do Trabalho da Universidad de La República (Uruguai).

dessa revolução introduzida no Direito – não no Direito do Trabalho, no Direito –, pelo Direito do Trabalho, porque foi o Direito do Trabalho, ao reconhecer a autonomia coletiva, no começo do século XX, que quebrou aquele axioma do Direito do século XIX, que era o monopólio do Estado na criação do Direito. Essa é uma particularidade muito grande do Direito do Trabalho que ele introduz no Direito como um todo, mas hoje não vamos falar disso. Vamos falar das outras duas particularidades das fontes, no Direito do Trabalho, porque estamos acostumados a falar da constitucionalização do Direito do Trabalho, porque estamos acostumados a falar da constitucionalização do Direito do Trabalho como algo que não era constitucional e que, em determinado momento, tornou-se constitucional, constitucionalizou-se. Não é assim. O Direito do Trabalho nasceu constitucional.

Se pensarmos que a origem da constitucionalidade do Direito do Trabalho se coloca na Constituição mexicana de 1919, esse é o momento do nascimento do Direito do Trabalho latino-americano; não do europeu, e sim do latino-americano. Quantas leis trabalhistas tínhamos em nossos países antes de 1917? Muito poucas, quase nenhuma. O Direito do Trabalho nasceu constitucional, e os direitos trabalhistas são constitucionais e, portanto, direitos humanos e fundamentais, na ordem jurídica, desde esse momento. A mesma coisa acontece com a internacionalização do Direito do Trabalho. É um erro falar em internacionalização do Direito do Trabalho; temos de falar em internacionalidade do Direito do Trabalho. Também o Direito do Trabalho nasceu internacional.

A internacionalidade do Direito do Trabalho, convencionalmente, situa-se quase unanimemente em 1919, com a criação da OIT e a aprovação das primeiras convenções internacionais do trabalho. Da mesma forma, quase que, na América Latina, não tínhamos Direito do Trabalho nesse momento, pois tínhamos muito poucas normas. O Direito do Trabalho nasceu também internacional, e os direitos fundamentais que vão sendo consagrados – reconhecidos, mais que consagrados –, reconhecidos internacionalmente, datam daquele momento.

A primeira questão importante a assinalar, então, é que nós, os operadores jurídicos, isto é, aqueles que trabalham com normas – advogados, juízes, procuradores, fiscais, etc. –, deveríamos nos acostumar a trabalhar com todas as normas disponíveis, porque temos uma tendência a trabalhar somente com leis, com decretos, com portarias e atuar de conformidade com o preceito de que a Constituição é uma bela declaração e as normas internacionais também, quando não é assim. Elas são normas jurídicas, formam parte do instrumental do jurista, e o bom jurista tem de saber trabalhar com todas as ferramentas, não só com algumas delas.

Em geral, a importância dessas normas – Constituição e normas internacionais – sempre existiu, primeiro porque são as normas de máxima hierarquia, são as normas supraordenadas às demais. Além disso, porque são normas que reconhecem e contêm nada menos do que os direitos humanos, os direitos fundamentais, entre os quais muitos direitos trabalhistas. Hoje, essa importância é ainda maior porque, tanto a questão constitucional como, especialmente, a questão internacional, no âmbito da globalização e tudo o mais, cobram uma importância adicional. Entre outras coisas, essa importância adicional expressa-se no crescimento do número de direitos trabalhistas elencados como direitos humanos e fundamentais. O exemplo do Brasil é típico. A Constituição de 1988 incrementou, aumentou sensivelmente o número de direitos trabalhistas reconhecidos como direitos fundamentais ou direitos humanos na Constituição. Mas isso, que é muito especial no Brasil, muito evidente, que salta aos olhos, responde a uma tendência que se aprecia também em outros países. Quase todas as reformas constitucionais latino-americanas da década de 90 incrementaram o número dos direitos trabalhistas reconhecidos na Constituição e nas normas internacionais da maior hierarquia, estão supraordenadas às outras normas de menor hierarquia, operam ou poderiam atuar como um limite ao processo de flexibilização, de desregulação, porque aí há um limite de ordem pública, de norma da mais alta hierarquia, não disponível nem pelo legislador, nem pela autonomia coletiva, nem pela autonomia individual. Saibam que a própria norma constitucional ou a norma internacional remete à lei, ou à convenção coletiva, ou a acordo individual.

Vejamos, em primeiro lugar, as normas ou a Constituição como fonte de direitos humanos trabalhistas. Todas as nossas constituições – estou falando de constituições latinas, latino-americanas e, se me permitem a expressão, latino-europeias – contêm elenco de direitos fundamentais e, dentro deles, uma enumeração de direitos trabalhistas com características de direitos humanos. Esse conteúdo é bastante amplo. Direitos como proteção ao trabalho ou direito ao trabalho, a limitação da jornada, descansos semanais, salário, férias, proteção contra despedida ou demissão injustificada, liberdade sindical, negociação coletiva, greve, aparecem em praticamente todas as constituições latino-americanas. Mas esse elenco de direitos constitucionalizados vai aumentando por diversas vias. Em primeiro lugar, como aconteceu no Brasil, fato já mencionado, na Constituição de 1988, outras constituições têm incrementado o número de direitos expressamente reconhecidos.

Em segundo lugar, há uma nova concepção de origem europeia, mas que já está se expandindo na América Latina: a de que, junto aos direitos trabalhistas específicos, existem aqueles direitos humanos reconhecidos ao trabalhador

enquanto tal, que só podem ser exercidos por um trabalhador: liberdade sindical, proteção do salário, limite da jornada, férias. O trabalhador tem, além disso, todos os demais direitos humanos que ele tem enquanto cidadão, não enquanto trabalhador, e que ele não perde esses direitos de pessoa humana, de cidadão, só pelo fato de entrar na fábrica, só pelo fato de entrar numa relação de trabalho subordinado. Fala-se, portanto, de direitos inespecíficos. O trabalhador tem duas classes de direitos humanos: os direitos trabalhistas específicos, os que todos conhecemos e com os quais trabalhamos, e os demais direitos do cidadão, inespecíficos, não específicos do trabalhador, mas que ele conserva, como cidadão, na relação de trabalho.

Claro, o exercício desses direitos – liberdade de expressão, direito à intimidade, dignidade da pessoa humana, direito à saúde – pode ser modelado, adaptado a uma relação de subordinação na relação de dependência, na relação de pertinência a uma organização produtiva, mas existe. Então, o acréscimo dos direitos fundamentais do trabalhador, além dos tipicamente trabalhistas, por esses inespecíficos, provoca o incremento do número dos direitos humanos de que é titular o trabalhador.

Finalmente, há um último acréscimo dos direitos fundamentais constitucionais, porque quase todas as constituições latino-americanas modernas contêm um dispositivo que amplia enormemente o número de direitos humanos. Por exemplo, na Constituição argentina, na reforma de 1994, foi incluído um número importante de convenções, tratados, declarações de direitos humanos. Do mesmo modo, as constituições da Venezuela, da Colômbia, da Nicarágua, do Equador e da Costa Rica dizem que todos – no caso da Nicarágua, não; as demais, sim – os tratados de direitos humanos formam parte da Constituição; assim, o conteúdo da Constituição estende-se a esses tratados ou convenções de direitos humanos, ampliando enormemente o número de direitos reconhecidos constitucionalmente.

Outras constituições fazem uma remissão genérica, aberta; por exemplo, a do Uruguai e a do Paraguai, que dizem: a enumeração de direitos desta Constituição não exclui outros direitos inerentes à personalidade humana. Quais são esses direitos? Não podem ser outros senão os reconhecidos como direitos humanos, nas grandes declarações e pactos de direitos humanos da constituição internacional.

Neste marco insere-se, com facilidade, o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira. Como se sabe, diz que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte,

com o qual a Constituição de nossos países contém dentro dela aqueles tratados, declarações, pactos de direitos humanos referidos na própria Constituição. Não há aqui um fenômeno de ratificação, de adoção, de nacionalização. Supera-se a oposição direito nacional x direito internacional, porque é a própria Constituição que diz: essas normas internacionais foram parte da minha constituição. Gosto de dizer que nossas constituições estão “grávidas” das normas internacionais de direitos humanos, porque elas mesmas dizem: estão dentro de mim, fazem parte de mim. Nesses casos, quando nossos juízes aplicam um desses tratados internacionais, não estão aplicando direito estrangeiro, direito internacional, estão aplicando o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira; o art. 72 da Constituição uruguaia; o art. 33 da Constituição argentina; etc. Isso se chama, na América Latina, de “bloco de constitucionalidade”. Em matéria de direitos humanos, há um conjunto de normas consagratórias de direitos fundamentais, com conteúdo diretamente constitucional, e outras constitucionalizadas, ainda que de origem internacional.

A eficácia dessas normas constitucionais sobre direitos humanos. Temos uma tendência, um preconceito em considerar que as normas, os princípios constitucionais são declarações de boa vontade, não mais que isso. A tendência, na verdade, deve ser ao contrário: a Constituição é a norma jurídica de mais alta hierarquia, onde somente constam aquelas questões essenciais para a convivência e para nosso pacto de vida em comum. Aí estão os direitos fundamentais, os direitos aos quais ninguém renuncia, a parte que estamos reservando para todos nós neste pacto de vida em comum. O que está aí não pode ser algo posto por causalidade, tem de ter a máxima eficácia, não a mínima.

A tendência do Direito mais moderno é o princípio da aplicação direta das normas constitucionais ou a presunção de autoaplicação, que aparece também em muitas constituições, incluindo a brasileira. O § 1º do art. 5º estabelece que as normas da Constituição que definem direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata.

No caso da Constituição uruguaia, vai mais além, porque estabelece que nunca poderá deixar de aplicar-se uma norma deste tipo e que, em caso de falta de regulamentação, o juiz deverá inteirar a norma, aplicando os princípios gerais do Direito e as doutrinas mais recebidas. Na verdade, diz-se ao juiz: isto é de aplicação imediata, você deve aplicar e não tem escusa para não aplicar, porque, se a norma é incompleta, você tem de usar os princípios gerais, as doutrinas mais recebidas e completar a norma. Essa é a tendência que aparece também em muitas outras constituições.

Faço um resumo sobre esta primeira parte: do significado e efeitos da constitucionalidade dos direitos trabalhistas: 1º) importância e valorização dos direitos trabalhistas reconhecidos na Constituição; 2º) se estão na Constituição como direitos fundamentais, pertencem à mais alta hierarquia da ordem jurídica nacional; 3º) são de aplicação imediata, direitos autoaplicáveis; 4º) estão supraordenados ao legislador ordinário. São intangíveis, não alcançáveis pelo legislador ordinário, pela autonomia coletiva, pela autonomia individual. Como disse um autor espanhol, são resistentes ao legislador ordinário. Por isso mesmo, podem funcionar como limite à desregulação e à flexibilização.

Se esses são, além disso, direitos humanos fundamentais, reconhecidos no mais alto nível, deveriam ser a base para desenvolver um pensamento fundado em direito. Estes direitos são a essência da nossa comunidade social e jurídica e, portanto, nosso raciocínio deve partir de seus direitos e procurar potencializá-los, não limitá-los, porque são os que nós mesmos acordamos na Constituição como os fundamentais, os inerentes à pessoa humana, e eles têm, historicamente hoje, uma tendência expansiva, de extensão, que já referimos. Ademais, pede-se remissão ao § 2º do art. 5º, no caso do Brasil, às normas internacionais.

E aqui entramos na segunda parte, as normas internacionais, que têm, neste caso, uma vida dupla. Elas têm sua independência, mas integram nossa Constituição também. Essas normas internacionais, em matéria de direitos humanos trabalhistas, durante muito tempo, foram quase que monopolizadas pela OIT.

Desde 1919, a OIT foi a protagonista única nesta matéria: as convenções internacionais do trabalho. Hoje continua sendo protagonista, estrela principal, mas já não é a protagonista única, desde que, em 1948, apareceu a Declaração Universal dos Direitos Humanos; depois dela, a Declaração Americana de Direitos Humanos, em 1948; a Carta Interamericana de Garantias Sociais; mais tarde, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Protocolo de San Salvador; a Declaração Sócio-Laboral do Mercosul, etc. Já não são somente os instrumentos da OIT aqueles que elencam o conjunto de normas internacionais sobre direitos humanos. Também a Declaração de 1998, da OIT, sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho, faz parte deste elenco de grandes declarações de direitos em matéria de direitos humanos.

Como visualizar esses grandes pactos, tratados, essas declarações de direitos humanos, enquanto normas jurídicas, fonte de direito positivo? De várias formas. A primeira é considerar que elas são de aplicação obrigatória

pela superioridade do Direito Internacional. No marco do Direito Internacional, isto é aceito com muita facilidade.

A própria Convenção de Viena de Direito dos Tratados estabelece que as normas de Direito Internacional prevalecem sobre as do Direito Nacional, mas, no campo dos juristas nacionais deste país e de todos os países que conhece, há uma resistência muito grande em aceitar essa supremacia do Direito Internacional. Então, deixo assinalado essa tese, que é predominante entre os internacionalistas, mas que acredito que por agora não é da preferência dos juristas nacionais, em particular dos juízes de todos os países.

A segunda forma de ver como atuam as normas internacionais é dizer que, se são tratados internacionais sujeitos a ratificação, dependem da ratificação. Contudo, há de fazer-se uma advertência, qual seja, a de que também todos os juristas nacionais têm um preconceito: todos atuamos como se a regra fosse a necessidade de ratificação. E no Direito Internacional é o inverso: a regra é a de que o instrumento internacional tem valor e eficácia desde o momento de sua assinatura e que os instrumentos internacionais só necessitam de ratificação quando o mesmo instrumento exige ratificação para sua vigência. Nós atuamos ao revés do que é.

Por que é importante? No caso das convenções da OIT não é importante porque elas preveem que devem ser ratificadas; mas é importante a respeito de alguns instrumentos que não requerem ratificação. Por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, nunca foi ratificada por ninguém, porque não está sujeita a ratificação. Se hoje o governo brasileiro, o argentino ou qualquer outro, desejassem ratificar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não haveria como, porque não é um instrumento aberto a ratificação; vale por si mesmo, não requer ratificação. E como esse há muitos.

A partir disso, tem-se desenvolvido a ideia de que os tratados e declarações de direitos humanos formam parte do que se chama *jus cogens* ou ordem pública internacional. Um conjunto de bases mínimas da convivência internacional, o que está reconhecido na Convenção de Viena do Direito dos Tratados, art. 53. O *jus cogens* ou ordem pública internacional, da qual nenhum Estado, nenhuma pessoa pode fugir, é basicamente a boa-fé nas relações internacionais, o *pacta sunt servanda*, cumprimento da palavra empenhada, que é uma variante da anterior, e os direitos humanos. As fontes dessa ordem pública são tratados, pactos e declarações, os princípios gerais do Direito e os costumes internacionais.

Interpreta-se que as declarações internacionais de direitos humanos – essa interpretação não é minha, é interpretação da Corte Internacional de Justiça – Corte de Haia, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos de São José da Costa Rica, ambas as jurisprudências dizem que as fontes desse *jus cogens*, dessa ordem pública internacional, são os tratados e declarações de direitos humanos, os princípios gerais do Direito e os costumes internacionais, e que as declarações não ratificáveis, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos – são uma simples consolidação dos costumes internacionais.

Quando a ONU, no ano de 1948, disse que são direitos humanos o direito à vida, à saúde, etc., estava simplesmente consolidando o costume internacional, que, nesse momento, a comunidade internacional, já como costume, que é fonte do Direito Internacional, estabeleceu que não se pode manter uma comunidade internacional sem reconhecimento desses direitos.

Enquanto princípios gerais do Direito, como fonte, também estão expressos nessas declarações, mas a Corte Internacional de Justiça, nas partes dogmáticas das constituições das nações civilizadas, isto é, os direitos, os conteúdos nas nossas constituições, com o qual se forma um círculo vicioso. As declarações e pactos formam parte da nossa Constituição – art. 5º, § 2º, no caso brasileiro –, mas nossos capítulos de direitos humanos constitucionais, os vossos arts. 7º a 11, em Direito do Trabalho, contribuem, quando similares a outras constituições, a constituir os princípios gerais do direito das nações civilizadas, que são fonte de Direito Internacional. Há uma retroalimentação, uma alimentação mútua.

Finalmente, claro, esses direitos, essas cartas e essas convenções internacionais também se aplicam, como já foi dito, porque muitas das nossas constituições foram parte deles. Estão no art. 5º da Constituição brasileira e em outros artigos similares.

Quais são os critérios de interpretação ou de integração dessas normas? Em matéria de direitos humanos fundamentais, reconhecidos constitucional ou internacionalmente, têm-se elaborado importantes critérios de interpretação. Pelo menos quatro. E há um quinto que está em vias de nascer, é ainda uma tendência.

Dos que já estão bem admitidos, temos, em primeiro lugar, o princípio da aplicação direta ou presunção da aplicabilidade das normas que reconhecem direitos humanos ou fundamentais, o que, no Brasil, não deveria causar problema porque está até expresso no art. 5º, I, da sua Constituição.

Segundo critério de interpretação: a interpretação mais favorável à pessoa humana, que é o titular do direito. Fala-se de *in dubio pro homini* ou *in dubio*

pro libertate, ou *in dubio pro direito*. Gosto mais de falar da preferência pela interpretação mais favorável à potenciação do direito, ao exercício do direito. Buscar a interpretação que amplia o exercício do direito e não a interpretação que limita o exercício dele, porque estamos falando de direitos fundamentais, de direitos essenciais.

O terceiro critério é a interdependência dos tratados. A ideia de que as normas de direitos humanos nacionais e internacionais formam parte de um conjunto e que, por conseguinte, é possível, na interpretação, complementar uma com a outra.

Finalmente, um critério muito conhecido dos trabalhistas, que é o da norma mais favorável. Quando temos duas normas internacionais ou uma constitucional e outra internacional sobre direitos humanos, é válido, é possível, deve-se optar pela mais favorável ao exercício do direito da pessoa humana, etc. Em alguns pactos, isto está reconhecido expressamente. No Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto de São José da Costa Rica e é até expresso em algumas constituições. O art. 48 da Constituição da Costa Rica diz que os tratados internacionais sobre direitos humanos prevalecem sobre a Constituição, enquanto sejam mais favoráveis que ela. Estabeleceu o princípio da primazia dos tratados de direitos humanos, salvaguardando, porém, a norma mais favorável.

A quinta – agora já não um critério interpretativo, mas uma tendência possível que está sendo apreciada em alguns países – é a ideia de que, quando se trata de direitos humanos consagrados em textos internacionais, a interpretação deve ser feita de conformidade com a jurisprudência dos órgãos internacionais encarregados de seu controle. Por exemplo, no caso das convenções americanas de direitos humanos, não posso interpretar os artigos dessas convenções como quero. Tenho de interpretá-los de conformidade com o que diz a Carta Interamericana de Direitos Humanos. O mesmo ocorre em matéria de liberdade sindical em relação ao Comitê de Liberdade Sindical.

Esta interpretação não é a interpretação do Comitê de Liberdade Sindical e da OIT, de jeito nenhum, mas é a interpretação que alguns países, algumas cortes constitucionais nacionais têm feito nacionalmente, caso concreto da Colômbia, por exemplo.

Para terminar, vou propor a título de resumo e de propostas: primeiro, a Constituição é a norma máxima da ordem jurídica nacional. Isso não é novidade. Mas, se é assim, a Constituição deveria ser o pontapé inicial, o primeiro passo de qualquer operação jurídica, interpretativa ou aplicativa. A norma constitu-

cional deveria ter a máxima eficácia, deveria ser sempre de aplicação direta por qualquer juiz, e essas normas internacionais, em nossos países, incluem normas internacionais pelo procedimento do art. 5º, § 2º, etc.

Segundo, o mesmo respeito das normas internacionais sobre direitos humanos, pelo menos aquelas que versam sobre direitos humanos. São da máxima hierarquia, são de aplicação direta e formam parte de nossa Constituição, talvez também formem parte da ordem pública internacional, do *jus cogens*, etc.

Terceira conclusão ou proposta: assiste-se a um processo, a uma tendência de evolução da internacionalidade à universalidade dos direitos humanos. Vai tomando corpo a ideia de que os direitos humanos não são um problema de Direito Internacional; vejam bem, internacional, intenações, interestados; é um problema universal, um problema da espécie humana, porque esses direitos, os direitos humanos fundamentais, não são direitos dos cidadãos, não são direitos dos brasileiros, que são tais enquanto a relação que têm com o Estado; nem dos espanhóis, nem dos argentinos; são direitos da espécie humana, não importa a relação que a pessoa humana tenha – política, de cidadania – com um Estado determinado. Então, a questão é uma evolução da internacionalidade à universalidade desses direitos.

Quarta conclusão: superação possível, superação da antinomia, da oposição jusnaturalismo e positivismo, porque podemos continuar sendo jusnaturalistas e/ou positivistas, mas quando encontramos, na Constituição, norma jurídica positiva, que nenhum juspositivista pode ignorar, uma remissão a direitos próprios da pessoa humana, dos tratados internacionais do direitos humanos, etc., então temos uma norma positiva que está recolhendo em seu seio, dentro dela, uma parte de jusnaturalismo e vice-versa.

Quinta conclusão a título de proposta: também há mais claramente uma superação daquela velha oposição entre monismo e dualismo. A ordem jurídica é uma só, com a internacional prevalecendo sobre a nacional; a ordem jurídica dupla e há a ordem jurídica nacional e a internacional. Então, as normas internacionais só regem a ordem nacional enquanto e nas condições em que esta recebe. Na medida em que nossa Constituição, art. 5º, inciso II, remete a tratados internacionais, a questão do monismo e do dualismo é uma discussão já meio bizantina, do tipo “quem surgiu primeiro: o ovo ou a galinha?”, tudo bem, mas estão os dois aí.

Sexta conclusão: indisponibilidade dos direitos humanos. Esse direito universal dos direitos humanos, esse bloco de constitucionalidade, de normas constitucionais e internacionais, está supraordenado à lei ordinária, é intangí-

vel, não é alcançável pelo legislador infraconstitucional. Como disse um autor brasileiro, está fora da esfera de disponibilidade dos poderes públicos, mas à frente deles, porque está na Constituição. Portanto, esse conteúdo laboral, trabalhista da Constituição, esse bloco de constitucionalidade, esse *jus cogens*, esses direitos trabalhistas que foram parte desse possível direito universal dos direitos humanos, é diretamente aplicável, constitui um limite à desregulação, à flexibilização, e permite tentar uma reconstrução do Direito do Trabalho, tendo como base essas normas de ordem pública internacional e de ordem pública constitucional. Reconstrução que só é possível a mando de um juiz, aplicando uma reconstrução conceitual. Por isso, as últimas conclusões são estas: reconstrução conceitual, doutrinária e jurisprudencial.

A reconstrução conceitual é a necessidade de se desenvolver um pensamento fundado nos direitos. Essa ideia, curiosamente, não é de nenhum jurista. Ela veio de um economista, Amartya Sen, publicada em um exemplar da *Revista Internacional do Trabalho*, da OIT. Amartya Sen, que é um economista hindu, Prêmio Nobel de Economia, formula a ideia de que se tem de desenvolver um pensamento fundado em direitos. Se a essência da ordem pública internacional e de nosso Direito Constitucional são esse elenco de direitos humanos fundamentais, então, esse é o coração do Direito – do Direito com maiúscula – e nosso raciocínio tem de partir daí e potencializar isso. O que quer dizer isso? Por exemplo, o que diz a Constituição Brasileira, em seu art. 4º, II? Prevalência dos direitos humanos sobre os demais. Então, vou colocar um exemplo tomado do autor espanhol Antonio Baylos, que diz:

“Nós, trabalhistas, temos estudado a demissão, a despedida; eternamente, tomos e tomos, volumes e volumes, e muito pouco o Direito do Trabalho. Eu fui procurar encontrar o direito à demissão nas constituições, nos pactos internacionais de direitos humanos e não achei, não está em nenhum livro sobre Direito do Trabalho. Nós estamos trabalhando errado. Temos estudado a exceção em vez de estudar a regra. Temos de estudar o Direito do Trabalho e analisar a demissão como a exceção. Não estou propondo negar o direito do empregador de demitir um trabalhador por justa causa, por necessidade econômica da empresa, mas sim de analisar essa faculdade como uma faculdade de gestão do negócio, e não como um direito humano fundamental, que é outro, ou mesmo a respeito da greve. Tem-se escrito muito mais sobre os limites do direito de greve que sobre o direito mesmo. E o direito fundamental humano, reconhecido em todos os textos, é o direito de greve. Temos de mudar nosso jeito de pensar.”

A Constituição brasileira, como poucas, fornece base jurídica para desenvolver um pensamento fundado em direito. Vejam só que expressão: o Estado brasileiro “está destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”. Art. 1º: Fundamentos da República: “(...) a dignidade da pessoa humana”, que é a base dos direitos humanos e trabalhistas; “(...) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, entre os fundamentos da República. O art. 3º, quando fala em objetivos fundamentais, diz: “(...) construir uma sociedade livre, justa e solidária”, valores próprios dos direitos sociais; “(...) reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Art. 4º: Princípios nas Relações Internacionais: “II – prevalência dos direitos humanos”. Art. 193: Bases da Ordem Social: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” Art. 170: Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho” – aparece também aí a justiça social; “função social da propriedade”; “busca do pleno emprego”. Finalmente, não em todas as Constituições, pelo contrário, em muito poucas constituições encontra-se o Ministério Público, a ação civil pública para assegurar determinados direitos sociais, coletivos, etc. É uma valorização muito forte, considerada imperativo desses direitos como irrenunciáveis, intangíveis, etc.

Gostaria de chamar a atenção para o fato de que na Constituição brasileira, como poucas das que tive a oportunidade de revisar, ainda há uma base jurídica, normativa, positivista, para desenvolver um pensamento fundado nos direitos, não nas exceções.

Finalmente, como última conclusão, o papel dos juízes, porque tudo isso – reconhecimento da normatividade jurídica dos direitos humanos, sua aplicação ao Direito, sua interpretação extensiva e não restritiva – só tem sentido, só é possível, só se torna realidade se um juiz o aplica. Daí a sua importância.

Quero lembrar Eduardo J. Couture, mestre uruguaio não só do Direito Processual, mas do Direito como um todo, quando diz: “O momento supremo do Direito não é o momento do grande tratado doutrinário”. Isso é muito importante. Sem isso, não podemos aplicar o Direito. É importante, mas não é o momento supremo do Direito. Acrescentava ele: “O momento supremo do Direito tampouco é o momento do grande código, a grande codificação, essa grande catedral do Direito, que é o Código Civil, o Código Penal, a Consolidação das Leis do Trabalho”. Isso é muito importante, mas não é o essencial. Tampouco o momento supremo do Direito é o momento da grande constituição. Claro que é fundamental. Estamos advogando pela sua aplicação correta pelos juízes. É fundamental, é importante, mas não é o momento supremo do

Direito. “O momento supremo do Direito” – diz Couture – “é aquele no qual ele, essas obras monumentais, faraônicas, essas catedrais aterrissam na realidade”. E esse momento está nas mãos do juiz. “O momento supremo do Direito é aquele no qual um desconhecido juiz de província de uma perdida cidade do interior, sozinho, frente à sua consciência, assina uma sentença reconhecendo ou não um direito a um cidadão, fundado”, disse Couture – “no Preâmbulo da Constituição, aplicando um princípio constitucional”. Está nas mãos dos juízes fazer com que os grandes discursos, que as grandes fantasias jurídicas, sejam ou não realidade. Evidentemente, os juízes não estão sozinhos, não podem estar sozinhos. Para isso, é necessário que a doutrina desenvolva realmente um pensamento fundado nos direitos e lhes forneça um corpo conceitual que permita a aventura de aplicar corretamente a Constituição, a norma internacional, etc. É também necessário o apoio dos advogados. Os juízes não vão sentenciar nesse sentido, se não houver um advogado que opine na demanda e que a fundamente apropriadamente.