

FLEXIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Octavio Bueno Magano^()*

A Constituição de 1988, a despeito das críticas que, “urbi et orbi”, já então se faziam ao “Welfare State”, levou esse modelo às últimas conseqüências, criando encargos pesadíssimos não só para o Estado como também para empregadores, gerando, assim, dois fenômenos perversos, o dos constantes *deficits* orçamentários e o do mercado clandestino de trabalho, cada vez mais expandido.

Do ponto de vista técnico, o excesso de normas de caráter social, no bojo da Constituição se mostra também criticável em face do próprio conceito desta, a saber, conjunto de normas sobre a estrutura do Estado, com a determinação dos direitos e garantias individuais que se devem observar e a previsão dos princípios sociais a serem promovidos e desdobrados pela legislação ordinária.

Fiel ao apontado modelo, a Constituição francesa, por exemplo, limita-se a dispor que a lei deverá determinar os princípios fundamentais do direito do trabalho, do direito sindical e da seguridade social. (vide art. 34).

Os frutos da apontada singeleza, em comparação com os derivados da aparatosa Constituição brasileira, mostram-se melhores na França do que no Brasil.

Tudo recomenda, pois, a adoção do modelo da singeleza constitucional, o que implica a revisão da Lei Magna vigente.

Mas, neste passo, os propugnadores do imobilismo vêm com o argumento de que os direitos sociais se incluem no âmbito das cláusulas pétreas previstas no art. 60, da Constituição, cláusulas estas insuscetíveis de emendas.

^(*) *Octávio Bueno Magano, Advogado, Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.*

Sucedem que, no referido preceito, fala-se em direitos e garantias individuais e não em direitos sociais. E não se diga que o legislador “minus dixit quam voluit”, porque isso é inconcebível relativamente a normas de ordem pública.

Para que bem se compreenda a distinção que se há de fazer entre os dois conceitos, vale a pena lembrar que as garantias individuais surgiram a fim de coibir abusos de autoridade, atingindo o apogeu com o predomínio do individualismo liberal - “Bills of rights are for the most part reactions against evils of the past rather than promises for the future” -, enquanto os direitos sociais se forjaram para a promoção dos pobres e vieram à tona com o industrialismo do século XIX, explicitando-se em algumas Constituições do tempo da Primeira Grande Guerra, como a mexicana e a de Weimar, e atingindo o apogeu com o término da Segunda Grande Guerra.

A distinção se torna mais ostensiva, ante a consideração de que as garantias individuais exigem abstenção por parte do Estado, enquanto os direitos sociais pressupõem, da parte deste, atividade progressiva. E, mais ainda, à luz da reflexão de que os direitos individuais se correlacionam com claras e precisas obrigações de não fazer por parte do Estado e outras pessoas, ao passo que as regras componentes do chamado direito social se traduzem apenas em padrões de conduta norteadores da atividade do Estado.

A última distinção bem se ilustra com os exemplos do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, celebrados sob os auspícios da ONU em 1966. Enquanto as regras integrantes do primeiro se mostram suscetíveis de aplicação e reconhecimento judicial imediatos, as componentes do segundo devem ser postas em prática progressivamente, não sendo judicialmente exigíveis.

Com efeito, no pacto sobre direitos cívicos e políticos, declara-se enfaticamente: as partes signatárias “obrigam-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos (...) os direitos reconhecidos neste pacto...” Já no pacto sobre direitos sociais, se afirma apenas que as partes signatárias obrigam-se “a agir (...), tendo em vista assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos neste pacto...” No primeiro caso, trata-se de respeitar e garantir algo já existente, enquanto, no segundo, cuida-se tão-somente de agir progressivamente, para a implantação de nova ordem reconhecida, desde logo, como desejável.

Convém sublinhar que a distinção, aqui assinalada, reflete-se também na Convenção Européia dos Direitos do Homem, quando comparada com a Carta Social Européia. Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de novembro de 1969, as duas matérias são tratadas em capítulos distintos e, enquanto dos direitos civis e políticos, se diz que devem ser reconhecidos, dos direitos econômicos, sociais e culturais, afirma-se, exclusivamente, que hão de ter desenvolvimento progressivo.

Do exposto, conclui-se pela impossibilidade de confundir as garantias individuais com os direitos sociais. Ao se dispor no § 2º do artigo 5º da Constituição, que a relação das garantias, nele arroladas, não constitui “*numerus clausus*”, é óbvio que outras, eventualmente criadas, terão de pertencer à mesma e não à outra categoria jurídica.

Segue-se inexistir qualquer empecilho para que se altere, através de emendas, o capítulo da Constituição relativo aos direitos sociais, tudo para atendimentos das mais relevantes conveniências do País.