Número 18 – junho/julho/agosto 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Prof. Manoel Jorge e Silva Neto

Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Graduação e Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal da Bahia. Professor-Convidado (Visiting-Scholar) da Universidade da Flórida - Levin College of Law. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Procurador do Ministério Público do Trabalho na Bahia. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, do Instituto dos Advogados da Bahia, do Instituto Baiano de Direito do Trabalho e do Instituto Goiano de Direito do Trabalho. Ex-Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT).

SUMÁRIO: 1. Proposta do artigo 2. Sindicabilidade dos atos de governo 3. Os princípios constitucionais fundamentais e sua força vinculante 4. Competência da Justiça do Trabalho para controle judicial de políticas públicas 5. Controle judicial de política pública atinente ao trabalho humano e a tese da reserva do possível 6. Ativismo judicial versus discricionariedade dos atos de governo 7. Conclusão.

RESUMO: Esse artigo tem o propósito de analisar a possibilidade de controle judicial pela Justiça do Trabalho de políticas públicas implementadas pelos governos federal, estadual ou municipal na hipótese de contrárias à valorização do trabalho humano ou outros princípios fundamentais da Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Políticas públicas. Desemprego. Competência da Justiça do Trabalho. Ministério Público do Trabalho.

SUMMARY: This article has the proposal of analysing the possibility of policies' judicial control by the Labour Justice in the event of being contrary to the social values of labour or other fundamental principles of the Brazilian Constitution of 1988.

KEYWORDS: Constitution. Policies. Unemployment. Competence of Labour Justice. Labour Public Prosecution.

1 - PROPOSTA DO ARTIGO

Nesses desassossegados anos iniciais do Século XXI, cheios de conflitos internacionais, avanços tecnológicos e incertezas quanto ao futuro, parece claro que nunca na história da humanidade tanto se perseguiu o valor *segurança* como atualmente.

O desejo de segurança surge com um atavismo e intensidade que não poderiam ser imaginadas há pouco tempo atrás.

E o ser humano, de modo indeclinável, termina por transportar para o Estado todas as suas expectativas quanto à configuração de um mundo mais *seguro.*

Entretanto, o que os dados da experiência têm demonstrado é que, infelizmente, as pretensões humanas têm sistematicamente esbarrado na também atávica incapacidade estatal de dar resposta efetiva às demandas dos indivíduos, de modo marcante aquelas que possuam conteúdo de natureza social.

Esse é o ponto de onde partiremos para examinar o controle judicial de políticas na Justiça do Trabalho, especialmente quando os denominados atos de governo se apresentam em rota de colisão quanto aos princípios constitucionais conformadores.

Não resta mais dúvida no sistema da ciência do direito quanto à sindicabilidade dos atos de governo, ou controle judicial de políticas públicas, em qualquer domínio cuja política implementada esteja com o sinal contrário às injunções firmadas em nível constitucional.

Logo, ainda que não mais se discuta no campo doutrinário a possibilidade de controle judicial dos atos de governo, parece correto indicar as principais objeções aduzidas em torno à viabilidade de tal controle, máxime porque podem aparecer perplexidades no tocante à condução do tema aos órgãos jurisdicionais trabalhistas.

Por isso, será dedicado o item 2 para o estudo do tema *sindicabilidade dos atos de governo.*

Já no item 3 se buscará o exame dos princípios constitucionais, dando-se ênfase aos princípios fundamentais referidos nos arts. 1º/4º da Constituição Federal, tudo com o objetivo de demonstrar a compostura juridicamente vinculante de tais disposições, trazendo-se, além disso, exemplos práticos de conformação de políticas públicas com amparo nos postulados fundamentais.

O item 4 guarda relação com importante questionamento de ordem prática e que se atém à discussão acerca da competência da Justiça do Trabalho para efetivar o controle judicial de política pública quando em oposição aos princípios constitucionais, de forma específica no que tange a todos aqueles que ordenam a valorização do trabalho humano.

No item 5 haverá a análise do controle judicial de política pública diante da oposição da tese da reserva do possível, tendo em vista as constantes recusas do

Poder Público na implementação de normas destinadas à fruição de direitos fundamentais sociais com amparo na idéia de ausência de recursos suficientes para atender integralmente às demandas sociais.

No item 6 será examinada a suposta oposição entre o chamado "ativismo judicial" e a "discricionariedade dos atos de governo". Na oportunidade se discutirá a respeito da efetiva existência desse antagonismo quando se põe no núcleo de investigação a natureza vinculativa dos princípios constitucionais, o seu descumprimento e o papel atribuído à função judicial de intérprete formal da Constituição.

2 - SINDICABILIDADE DOS ATOS DE GOVERNO

No contexto da divisão das funções estatais do Estado pós-moderno, permanece com o poder judicial a atribuição de julgamento de conflitos de interesses entre os indivíduos.

Conquanto se possa atualmente registrar que as funções estatais desempenham atribuições *típicas* e *atípicas*, e também que a *intercambialidade* e o relacionamento interdependente são dados inafastáveis da forma como se opera o cumprimento de atribuições por cada qual, são as funções típicas as que descrevem a razão ontológica dos "poderes" do Estado.

Portanto, quando se tem por alvo a discussão acerca das atribuições do Poder Judiciário no Brasil, é óbvio que não se poderá desviar da função típica que lhe cometeu o legislador constituinte originário: a função *judicante.*

Mas é fato que a função judicante não se processou rigorosamente do mesmo modo ao longo da evolução histórica do Estado brasileiro.

Se é inegável reconhecer que o direito é *objeto cultural*, porque criado pela natureza humana e para atender humanas necessidades , não menos é compreender que o aplicador do direito deve, necessária e obrigatoriamente, realizar a tarefa judicante tomando por parâmetro as carências e necessidades dos destinatários das normas jurídicas.

Não fosse assim, teríamos de reconhecer, tristemente, que o magistrado se encontra acima do bem e do mal, convertendo-se em autêntica divindade e dotado de *onisciência* .

Mas, para nosso júbilo ou nossa desgraça, seres humanos são julgados por seres humanos, fazendo com que, a par da falibilidade inerente à natureza humana, o ato de julgar se humanize por meio da destinação de provimento que, a um só tempo, *dignifique* e confira *segurança* às partes envolvidas na demanda judicial.

Todavia, como frisado linhas atrás, o direito é objeto cultural, tornando-se politicamente necessária e socialmente exigível a mudança do padrão normativo para o fim de resguardo dos interesses reputados relevantes pela coletividade.

Assim se sucedeu com o sistema do direito positivo brasileiro na medida em que assegurou o acesso ao Poder Judiciário pelo indivíduo.

Inicialmente, observe-se o que ocorreu com a Constituição de 1969, cujo art. 153, § 4º, enunciava o seguinte:

> *"a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito* ***individual.*** *O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido"(grifamos).*

Como se vê, a Constituição de 1969, ao positivar o *princípio da inafastabilidade do controle judicial*, também chamado de *princípio do direito de ação*, ou ainda de *princípio da ubiqüidade*, apresentou delimitação que, à época, se compatibilizava com as pretensões de uma ciência processual ainda atada ao modelo privatístico-liberal de processo civil.

Com efeito, basta a leitura do enunciado constitucional a fim de que se conclua a respeito da limitação prevista no Texto Constitucional de 1969 no que concerne ao acesso ao Poder Judiciário, porquanto restringia o objeto das ações exclusivamente a interesses de cariz *individual*.

A Constituição de 1988 não adotou semelhante previsão.

O art. 5º, inciso XXXV agora estabelece que

> *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".*

Com isso, torna-se evidente que abriram-se as portas, pelo menos formalmente, do Poder Judiciário brasileiro não apenas para tornar viável a formulação de pretensão voltada à tutela jurisdicional de interesse *individual*, mas sobretudo de interesses *transindividuais*.

Mas o que são *interesses transindividuais*?

Transindividuais, supra-individuais, ou ainda metaindividuais são todos aqueles interessem que ultrapassam a órbita de um sujeito de direito.

A partir do fenômeno da explosão demográfica e do aumento vertiginoso do consumo, percebeu-se a ingente necessidade quanto à edição de conjunto de normas que viessem a proteger os direitos das coletividades, pois a sociedade de massa passou a conviver invariavelmente com as *lesões massivas*.

Logo, a proteção aos interesses transindividuais se tornou em injunção firmada pela realidade social e política a partir da segunda metade do Século XX, a ponto de a doutrina do direito constitucional ter começado a acenar para a existência dos direitos fundamentais de terceira geração: *os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.*

Qual a relação existente entre a mudança do parâmetro normativo por meio da proteção a tais interesses e o controle judicial de políticas públicas?

É que a implementação de políticas públicas (ou simplesmente a absoluta ausência dela) deixou de habitar a seara exclusivamente do mundo político para ingressar, por definitivo, no contexto das decisões judiciais.

Por conseguinte, seja porque o sistema constitucional brasileiro pugna pela possibilidade de condução ao Poder Judiciário de interesse de *qualquer espécie*, seja individual ou transindividual, seja ainda em virtude de o *princípio da democracia participativa* comandar a apreciação judicial acerca de interesses sociais relevantes, o fato é que a discussão de políticas públicas por meio da *ação civil pública* se converteu em procedimento até corriqueiro no âmbito dos tribunais do País.

A mudança de mentalidade é corretamente explicada por Simone Aparecida Martins:

> *"(...), na Constituição Federal de 1988, além da acolhida do princípio do amplo acesso ao Judiciário, como corolário do Estado de Direito, não prevê nenhuma exceção ao mesmo.*
>
> *Conseqüentemente, em razão de elementar princípio de lógica jurídica: se a regra é de que deve haver possibilidade ampla de recurso ao Poder Judiciário, para a defesa da pessoa e dos direitos, qualquer exceção à regra deveria ser expressamente consignada.*
>
> *A inexistência dessa expressa exceção constitucional torna destituídos de conteúdo quaisquer esforços no sentido de conferir essa qualidade aos atos políticos".*[1]

E diga-se mais, muito mais: se, nos dias que se passam, vimos crescer incrivelmente os pronunciamentos doutrinários que cogitam da existência de um *Neoconstitucionalismo*, destinado a fazer com que a constituição seja efetivo instrumento de conformação das atividades estatais legislativa, executiva e judiciária, desprezar a viabilidade de controle judicial de políticas públicas é recusar a própria idéia de constituição, pois desde as formulações teóricas de Dworkin e Alexy que se sabe bem da importância dos princípios constitucionais para a integração daquilo que Hesse passou a chamar de *vontade de constituição*.

[1] Cf. O ato político. Sindicabilidade. O princípio da separação de poderes, p. 205.

Daí que o controle judicial de políticas públicas é procedimento absolutamente imprescindível para promover, perante o Poder Judiciário, o contraste entre a atuação do administrador e a realização dos comandos constitucionais, principalmente aqueles referidos como *princípios programáticos*.

Pouco importa.

Seja norma constitucional imediatamente auto-aplicável, seja dispositivo carente de regulamentação ulterior, o que é decisivo à investigação do jurista é compreender que ambas as disposições materializam determinações constitucionais cuja modulação do grau de eficácia não desponta como óbice que tecnicamente se possa opor à ansiada realização do Texto Constitucional.

Também depõe a favor da sindicabilidade dos atos de governo a denominada *judicialização da política*, que vem a ser o tratamento em sede judicial de temas afetos aos interesses da coletividade de uma forma geral.

É o aparecimento, com todo vigor, da *tese substancialista*.

Paulo Bonavides justifica, por motivos pragmáticos, a necessidade de o Poder Judiciário de países de terceiro mundo adotarem comportamento intervencionista no âmbito das políticas públicas, tudo de sorte a elevar o nível de concretização das normas constitucionais.[2]

Lenio Streck adverte que a prática tem demonstrado estarmos longe, no Brasil, da consolidação da tese substancialista,

> *"em face da inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição e da postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção,*[3] *a ação de inconstitucionalidade por omissão, a argüição de descumprimento de preceito fundamental (...), além da falta de uma filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores a Constituição (...)".*[4]

[2] Cf. A Constituição Aberta, pp. 9-10.

[3] Atente-se, no entanto, para a mais alvissareira notícia que pode ser dada em termos de concretização de direitos fundamentais via mandado de injunção: o STF, em 2007, produziu duas decisões de notável importância, nos autos dos MI's 670 e 712, porquanto admitiu a fruição *imediata* do direito de greve pelos servidores públicos por meio da aplicação da Lei nº 7.783/89, que é a norma regente da greve deflagrada na iniciativa privada. Do nosso ponto de vista, trata-se da mais importante decisão do STF após a promulgação do Texto Constitucional em 1988.

[4] Cf. Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil, p. 30.

3 - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS E SUA FORÇA VINCULANTE

A mais que conhecida *ausência de cultura constitucional* no nosso País vem produzindo os seus frutos, pecos e secos.

Dentre todos, um dos que merecem destaque no início deste subitem é a vergonhosa indiferença dos aplicadores do direito de uma forma geral com os *princípios constitucionais fundamentais.*

Ora, se o constituinte originário resolveu localizar topograficamente determinadas proposições normativas logo nos artigos 1º/4º, que iniciam o Texto de 1988, e, a par disso, ao denominá-los de *princípios* – realidade, *per se*, já relevante porque denota o ponto de partida, o esteio maior do sistema constitucional brasileiro –, buscou diferenciá-los dos demais princípios previstos na Constituição, pois adicionou o termo *fundamentais*, enfim, se a tudo isso recorreu o fundador do Estado brasileiro, só deve haver uma significação: os princípios fundamentais são, no mínimo, importantes para a nossa sociedade política.

Contudo, o descaso não é só com relação a tais postulados, mas no que toca a tudo que se relaciona à Constituição de 1988. E parece revelar que, no Brasil, continuamos a estudar e a prestigiar a Escola da Exegese, ensinando como são aplicados os códigos, isso evidentemente sem nos esquecermos de dar uma "espiadinha" na Constituição...

Costumamos dizer que um trabalho de investigação do sistema normativo brasileiro minimamente sério não pode, de jeito algum, pôr à margem o estudo dos Princípios Fundamentais descritos nos artigos 1º/4º, da Constituição Federal.

E esse raciocínio se aplica a qualquer domínio normativo que venha a ser investigado pelo cientista: civil, penal, processual civil ou penal, comercial, tributário, e, evidentemente, trabalhista.

Com evidência, após o desencadeamento do *constitucionalismo social*, modificando-se acentuadamente o temperamento ideológico do Estado pós-moderno e incutindo o ímpeto de transformação da realidade social por meio da linguagem das normas de direito, os aplicadores do direito do trabalho se viram em meio ao fogo cerrado entre os que almejam a concretização das normas constitucionais de direito social e os que pretendem a manutenção do *status quo*.

Esse antagonismo de interesses, esse embate ideológico se presencia sobretudo na análise de compatibilização das políticas públicas aos princípios constitucionais fundamentais.

Algo evidente por si só, algo que ninguém nos dias atuais recusaria como um axioma é que *são governos que se submetem às Constituições e não as Constituições que devem se submeter a governos.*

Dirley da Cunha Júnior explica que

> *"a heterovinculação da Constituição é uma realidade do constitucionalismo contemporâneo, que vincula tanto os órgãos do Poder que a Constituição estabelece, como os cidadãos. Assim, tudo que a Constituição concede com sua imperatividade suprema tem-se o direito de fazer, e tudo que a Constituição exige, tem-se o dever de cumprir".*[5]

Se a idéia é clara como um dia de sol de verão em Salvador, nuvens cinzentas e carregadas de incertezas começam a pairar sobre nós quando, de modo surpreendente, notamos que a concretização dos princípios fundamentais encontra-se na razão inversa da sua importância atribuída pelo legislador constituinte originário.

Deveras, quer se recorra aos fundamentos do Estado brasileiro referidos no art. 1º e incisos da Constituição, quer se lance ao exame dos objetivos fundamentais assinalados no art. 3º e incisos, apenas para exemplificar, a conclusão, inelutável e lúgubre, é da pífia capacidade conformadora desses postulados, fundamentalmente porque *o conjunto de normas formalmente posto pelo idealizador do Estado nada poderá fazer sem a diligente intermediação do aplicador.*

E o aplicador, por sua vez, acossado pelo número assombroso de processos e premido pela leviandade dos dados estatísticos de produtividade do Poder Judiciário brasileiro, se vê diante da impossibilidade, de fato, de adequado exame do tema referente às políticas públicas e os princípios fundamentais.

De nossa parte, aqui, ultrapassado esse momento de catarse e desabafo, convém destacar, em primeiro plano, a compostura vinculativa dos princípios fundamentais para, após, relacionar hipóteses nas quais a implementação de políticas públicas possa vulnerar tais postulados.

Quando o art. 1º da Constituição enuncia como fundamentos do Estado brasileiro a *soberania* (art. 1º, I), *a cidadania* (art. 1º, II), *a dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (art. 1º, IV) e *o pluralismo político* (art. 1º, V), é preciso desencobrir o real propósito do fundador do Estado de 1988:

> *construir sociedade política sobre os cinco pilares, que são a base fundante do nosso Estado: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.*

Logo, tudo, rigorosamente tudo que provenha de atividade estatal no Brasil deve ser balizado pela consonância aos princípios fundamentais identificados pela Constituição de 1988.

Por via de conseqüência, torna-se sindicável ou controlável qualquer política pública que entre em rota de colisão com esses postulados fundamentais *dada a sua força vinculante.*

[5] Cf. Controle Judicial das Omissões do Poder Público, p. 635.

Mas, como assim? Como seriam vinculantes os princípios fundamentais em tema de implementação de políticas públicas? Ou ainda: que efeito prático teria a conclusão acerca de sua natureza vinculativa?

Em primeiro lugar, registre-se que a vinculatividade dos princípios fundamentais resultaria simplesmente de sua importância para o sistema constitucional como um todo.

Se é idéia assente a de que devam tais disposições funcionar como substrato fundamental para o Estado brasileiro, qualquer ato de autoridade, qualquer lei, qualquer decisão judicial dentro do território brasileiro deve incondicionada e obrigatoriamente ser balizada pelos princípios fundamentais.

Em acréscimo, pode-se ainda ponderar que muitas das previsões constitucionais que se encerram no catálogo dos princípios fundamentais têm natureza de *cláusula programática*, como são todas as indicadas no art. 3º da Constituição.

E, no particular, muito caminhou a ciência do direito constitucional, desde a famosa classificação tripartite das normas constitucionais quanto à eficácia idealizada por Crisafulli, a ponto de, na atualidade, serem reconhecidos os seguintes efeitos concretos das disposições programáticas:

a) *Impõem um dever para o legislador ordinário;*

b) *Condicionam a legislação futura, sob pena de ser declarada a inconstitucionalidade das leis com elas incompatíveis;*

c) *Informam a concepção de Estado, vinculando a emissão de normatividade aos fins colimados;*

d) *Estabelecem um **telos** para a interpretação, integração e aplicação das leis;*

e) *Condicionam a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário;*

f) *Criam situações jurídicas subjetivas*.[6]

Fecha-se, assim, o saudável círculo em torno à proteção dos princípios fundamentais, posto que, se a hipótese é de política pública implementada por meio de veículo normativo oriundo do parlamento, já não há tamanha liberdade de conformação legislativa se tais postulados condicionam a legislação futura. E se, de contraparte, a política pública vier a ser editada com amparo em provimento administrativo do Presidente da República ou do Governador de Estado, igualmente terá de se submeter a regramento ditado pelos princípios fundamentais, porque, como visto acima, as cláusulas programáticas têm aptidão para condicionar a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário, fazendo com que ambos "empurrem" a eficácia da norma programática para um grau máximo possível de realizabilidade.

[6] Cf. José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, PP. 146/147.

Explicada e justificada a compostura vinculativa dos princípios fundamentais, cuida, agora, de examinar o efeito prático resultante do reconhecimento do caráter vinculativo das disposições programáticas.

Convictamente, se o sinal adotado pela política pública é contrário à diretriz impingida pela cláusula programática, deve haver iniciativa tendente a impor o redirecionamento da norma a fim de que seja acatado o programa constitucional.

Nesse passo, se a norma editada possuir conteúdo *genérico* e *abstrato*, revestindo-se, assim, de *caráter normativo*, é possível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, por meio da qual se buscará a emissão de provimento judicial certificador da incompatibilidade da política pública e, se for o caso, com possibilidade de deferimento de medida cautelar, quando presentes os pressupostos à sua concessão.

Não parece residir na circunstância nenhum acesso de *ativismo judicial*; antes, porém, é correto se tratar de legítimo pronunciamento judicial em derredor de alegada ofensa a princípios constitucionais.

Imagine-se hipótese na qual determinado gestor municipal tenha editado norma de planejamento econômico, cujo conteúdo simplesmente não contemple qualquer política pública destinada à erradicação do trabalho infantil.

Sendo certo que compete aos Municípios *suplementar a legislação federal e a estadual no que couber* (art. 30, II/CF), e que o art. 24, XV/CF, em cujo seio repousa precisamente a viabilidade quanto ao exercício da competência suplementar, enuncia competir aos entes federativos legislar concorrentemente sobre *proteção à infância e à juventude*; sendo certo ainda que o art. 30, VI/CF registra como competência municipal *manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental*, dúvida não deve subsistir quanto à completo viabilidade a respeito de propositura de medida judicial dirigida ao restabelecimento do respeito às determinações do sistema da Constituição de 1988.

É claro que não haverá espaço, no caso, para a instauração de instância por meio de ação direta a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, desde que se tome por indiscutível que não pode haver controle abstrato-concentrado da constitucionalidade de norma municipal em face da Constituição Federal, tema já pacificado na jurisprudência da nossa Suprema Corte (STF, Reclamação nº 337, *RDA* 199/201).

Contudo, nada impede – pelo contrário, a Constituição verdadeiramente impõe – que a inexistência de política pública em tema de erradicação do trabalho da criança e do adolescente seja objeto de apreciação em sede de ação civil pública, cujo fundamento bem pode ser a transgressão aos princípios fundamentais inerentes à *dignidade da pessoa humana* (tido como "valor-fonte" do sistema normativo brasileiro), *à valorização social do trabalho*, além de evidente ofensa aos objetivos fundamentais referidos no art. 3º, I, II e III (*construção de sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional* e *erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais*).

Assim, temos perfeito exemplo prático de sindicabilidade de ato de governo em matéria especificamente vinculada à seara do direito constitucional do trabalho, visto que a ausência de política pública terminou vulnerando a proteção que necessariamente deve ser dispensada à criança e ao adolescente.

E o mais interessante é observar que o controle judicial incidente sobre a política pública (ou, no caso, a falta dela) se amparou, aqui, exclusivamente nos *princípios fundamentais*.

Outra situação de ordem prática capaz de atrair a atividade de órgão jurisdicional trabalhista é a implementação de política pública (logo, um *ato estatal comissivo*) em dissonância absoluta dos princípios fundamentais.

Suponha-se que Governador de Estado tenha veiculado norma de planejamento econômico público que, de forma indiscutível, resulte em recrudescimento do nível de desemprego naquela unidade estadual.

Ora, ninguém duvida que o planejamento econômico convive de mãos dadas com as chamadas *externalidades*, que podem ser positivas ou negativas.

O que são externalidades?

Externalidades são os efeitos positivos (*economia externa*) ou negativos (*deseconomia externa*) advindos da atividade dos agentes econômicos ou da implementação de política econômica pelo Estado.

Conseqüentemente, tratando-se de resultado não previsto pelos planejadores do plano econômico, mas que, de fato, determina enorme e preocupante retração no mercado de trabalho formal, a hipótese é de mera e simples revogação da norma pública de planejamento, mais ainda porque a normativa econômica guarda sempre implícita a cláusula *rebus sic stantibus.*

Nessa linha de compreensão, se o mandatário estadual, malgrado o fracasso da norma pública de planejamento, não opta pela sua supressão, não temos qualquer receio em concluir pela possibilidade de propositura de ação civil pública por todos os colegitimados do art. 5º da Lei 7.347/85 (LACP).

4 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Ultrapassado o estágio do exame da viabilidade quanto a tal controle, alcançamos o momento de investigação acerca da competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ações judiciais cujo núcleo gravite em torno à discussão sobre implementação de políticas públicas de acordo com o sistema constitucional.

Então, é competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar tais ações?

Se partirmos da premissa de que tais atos são concretizados por agentes políticos, a competência para sua análise seria, de acordo com a situação, ou da Justiça Estadual ou da Justiça Federal, principalmente se for hipótese de impetração de mandado de segurança, pois é certo que a competência, nesses casos, se firma *em razão da condição da autoridade indigitada coatora e não em virtude da matéria veiculada na impetração.*

Todavia, o raciocínio extratado é simplista e pedestre demais para abranger todas as questões afetas ao controle judicial de políticas públicas, máxime quando o ato estatal é ofensivo ao valor social do trabalho (art. 1º, IV, da Constituição).

Duas situações se põem como possíveis, como já vimos, em termos de controle judicial de políticas públicas: *ou o Estado não faz nada ou faz à revelia dos comandos constitucionais.*

Em ambas as circunstâncias temos por viável a sindicabilidade do ato de governo.

Se deve realizar, implementar a política pública, e não faz, a medida judicial se imporá para determinar a edição do ato em respeito ao programa fixado na Constituição.

Se realiza mas o faz em antagonismo às prescrições constitucionais programáticas, incorrendo em inconstitucionalidade de ordem material, igualmente se impõe a adoção de medida judicial, já aqui destinada a fazer retornar a norma aos caminhos apontados pelo legislador constituinte originário.

E a pergunta-chave é a seguinte?

Tratando-se de ausência de política pública que vulnere a valorização do trabalho humano ou de existência de norma que afete prejudicialmente o mundo do trabalho, seria possível recusar a competência à Justiça do Trabalho?

Não. E por que não?

Como se sabe, decisiva à delimitação da competência material é não só o pedido mas também a *causa de pedir*.

E a causa de pedir, por outro lado, tanto se relaciona ao *fato gerador de incidência originária* como ao *fato gerador de incidência derivada do pedido.*

Explique-se.

Quando se formula pleito de adequação de política pública em virtude de descumprimento de norma constitucional que protege o trabalho humano, o fato gerador de incidência originária do pedido (causa de pedir *remota*), ou o *fato* propriamente dito (art. 282, III, parte inicial, CPC), é a circunstância inerente à presença/ausência de ato de governo, enquanto o fato gerador de incidência derivada do pedido (causa de pedir *próxima*), ou *os fundamentos jurídicos do pedido* (art. 282, III, parte final, CPC), é a ofensa a proteção à relação de trabalho perseguida pela Constituição de 1988, cuja

manutenção e segurança foram afetadas pelo ato comissivo ou omissivo do Poder Público.

Ora, como se viu no subitem anterior, se a situação for de ausência de política pública no que toca à erradicação do trabalho da criança e do adolescente, não resta dúvida de que a competência é da Justiça do Trabalho.

Observe-se a redação do art. 114, I/CF:

> *"Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: as ações* ***oriundas da relação de trabalho****, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".*

Posto desta forma, tem-se que, doravante, precisamente após a EC nº 45/04, não se outorga mais à Justiça do Trabalho competência material exclusiva para julgamento de dissídios envolvendo apenas a *relação de emprego*, mas sim controvérsias que também decorram, ou sejam "oriundas", como refere o enunciado constitucional, da *relação de trabalho.*

E "relação de trabalho" não é termo equivalente a "relação de emprego", tanto que o constituinte utiliza as expressões em passagens distintas do Texto constitucional, como a revelar indiscutível diversidade de significado (por exemplo, a referência a "relação de emprego" no art. 7º, ICF, não deve e não pode ter o mesmo significado que a "relação de trabalho" indicado no referido art. 114, I/CF).

E, aqui, a competência da Justiça do Trabalho firmada em nível constitucional não se dirige apenas para processar e julgar dissídios individuais de advogados ou médicos que cobram seus honorários profissionais.

Sem embargo da importância que têm os dissídios individuais que são trazidos à apreciação dos órgãos jurisdicionais trabalhistas, a teleologia da alteração constitucional não deve ser amesquinhada a ponto de se entender que a mudança impôs, tão-só, o trazimento para a Justiça do Trabalho dos conflitos entre profissionais liberais e seus clientes recalcitrantes quanto a pagamento de honorários...

Quando o constituinte originário cometeu à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar *as ações oriundas da relação de trabalho*, o fez em linha de afirmação do interesse público que subjaz à determinação da competência tal como constitucionalmente conformada.

Com isso, é possível afirmar, sem receio, que *ausência de política pública relativamente a direito humano dos trabalhadores, por se converter em omissão estatal com reflexo imediato na relação de trabalho, determina a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a ação.*

Esse o quadro relativamente à falta de norma que venha salvaguardar a tutela à relação de trabalho.

E se o caso for de edição de norma com sinal contrário ao programa constitucionalmente concebido?

Persiste a competência da Justiça do Trabalho.

Sem dúvida, se o que se nota é implementação de política pública completamente contrária aos princípios constitucionais, que têm força vinculante, cujo resultado é o desvalor ao trabalho humano, a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho é a mesma que, na hipótese, determina a proteção à relação de trabalho.

Quando, por exemplo, o poder público edita norma de planejamento cuja externalidade negativa desemboca no recrudescimento do nível de desemprego, mais uma vez o valor *proteção à relação de trabalho* sinaliza para a competência da Justiça do Trabalho, eis que não se poderá afastar da idéia segundo a qual *política pública que transgride o princípio fundamental relativo à valorização social do trabalho impõe a iniciativa de ações judiciais que, no particular, são oriundas da relação de trabalho.*

Supondo-se que determinada empresa teve a necessidade de dispensar todos os seus empregados em virtude de planejamento econômico que afetou drasticamente o nível de empregabilidade do setor econômico ao qual está incorporada a unidade empresarial.

Pergunta-se:

É competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar ação que busca o redirecionamento da política pública, já agora para prestigiar a manutenção dos postos de trabalho e consagrar a valorização social do trabalho humano?

Sob exame o art. 114, I/CF, não encontramos resposta outra que não seja a positiva.

Se as ações oriundas da relação de trabalho são de competência da Justiça do Trabalho, e se eventual ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho visaria precisamente conduzir ao Poder Judiciário a discussão sobre os efeitos da política pública no que tange à manutenção dos postos de trabalho, ou, simplesmente, a manutenção das *relações de trabalho*, a própria literalidade do art. 114, I/CF é determinante da competência material para processar e julgar as ações que se dirijam a tal finalidade.

5 - Controle judicial de política pública atinente ao trabalho humano e a tese da reserva do possível

Como habitualmente se sucede em ações coletivas propostas pelo Ministério Público para a implementação de políticas públicas relativas à saúde e à educação, o Poder Público, quando acionado, de modo invariável, tem lançado mão da tese da reserva do possível para impedir o controle judicial dos atos de (des)governo.

O que é a reserva do possível?

Consubstancia-se na denominada "escolha trágica", isto é, o direito a respeito do qual se exige judicialmente a concretização não pode ser satisfeito de modo imediato, o que implicaria a solução de continuidade de outros programas sociais em virtude da insuficiência de recursos para atendimento a todos eles.

No entanto, em se tratando de política pública vulneradora da valorização social do trabalho, tem-se que os atos estatais dirigidos, por exemplo, à solução do problema do desemprego talvez não careçam de dispêndio de elevada soma de recursos públicos; é possível que a situação se resolva simplesmente por meio de adoção de política pública alternativa àquela que objetivamente impôs prejuízo à manutenção dos postos de trabalho. Resolve-se o problema por meio do retorno da política pública à fonte da qual jamais deveria ter se dissociado: *os princípios constitucionais*.

E também é certo referir que muitas vezes o próprio problema do desemprego poderá ser tão-só mitigado pela adoção de política pública correta, tal como se dá nas hipóteses de *desemprego estrutural ou sazonal.*

Mas afirmar que, em tese, nada pode fazer o Poder Público tendo em vista a insuficiência de recursos é manifestar insidiosa ausência de vontade política, o que configura sério agravo à proteção aos direitos humanos dos trabalhadores, tornando possível até mesmo a responsabilização pessoal do Presidente da República, evidentemente se for ele o autor da norma (art. 85, III/CF).

6 - ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS DE GOVERNO

Uma questão interessante que deve ser discutidas se refere à oposição que comumente se faz entre o *ativismo judicial* e a *enorme discricionariedade ínsita aos atos de governo.*

A oposição é ilusória.

Em primeiro lugar porque ali onde a atuação administrativa é discricionária, nem por isso se entrega "cheque em branco" para o administrador realizar o que bem entender.

Nesses casos, conquanto seja certa a existência de maior liberdade para a conformação do ato administrativo, é evidente que não se poderá consentir com a edição de espécie que vulnere o conteúdo da Constituição. Isso é defendido inclusive no que toca aos *atos administrativos discricionários.*

A conclusão não deve discrepar em se tratando de atos de governo.

Se reside fundado receio de que o ato de governo encerra ofensa à Constituição, outro não é o *locus* adequado para a discussão do tema que o Poder Judiciário, que se

pronunciará com amparo nas normas constitucionais e concluirá pela ocorrência ou não de transgressão na hipótese concreta.

Todavia, recusar, em tese, tal viabilidade, é, antes de mais nada, atentar contra a cláusula constitucional da separação de poderes, reputada *norma intangível* pelo legislador constituinte originário (art. 60, § 4º, III/CF).

7 - CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível alcançar as seguintes conclusões:

Seja porque o sistema constitucional brasileiro pugna pela possibilidade de condução ao Poder Judiciário de interesse de *qualquer espécie*, seja individual ou transindividual, seja ainda em virtude de o *princípio da democracia participativa* comandar a apreciação judicial acerca de interesses sociais relevantes, o fato é que a discussão de políticas públicas por meio da *ação civil pública* se converteu em procedimento habitual no âmbito dos tribunais do País, não havendo, após a Constituição de 1988, como juridicamente ser recusada a sindicabilidade dos atos de governo;

São governos que se submetem às Constituições e não as Constituições que devem se submeter a governos;

Se a hipótese é de política pública implementada por meio de veículo normativo oriundo do parlamento, já não há tamanha liberdade de conformação legislativa se tais postulados condicionam a legislação futura. E se, de contraparte, a política pública vier a ser editada com amparo em provimento administrativo do Presidente da República ou do Governador de Estado, igualmente terá de se submeter a regramento ditado pelos princípios fundamentais;

Tratando-se de resultado não previsto pelos planejadores do plano econômico, mas que, de fato, determina enorme e preocupante retração no mercado de trabalho formal, a hipótese é de mera e simples revogação da norma pública de planejamento, mais ainda porque a normativa econômica guarda sempre implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, e se o mandatário estadual, malgrado o fracasso da norma pública de planejamento, não opta pela sua supressão, não temos qualquer receio em concluir pela possibilidade de propositura de ação civil pública por todos os colegitimados do art. 5º da Lei 7.347/85 (LACP);

Ausência de política pública relativamente a direito humano dos trabalhadores, por se converter em omissão estatal com reflexo imediato na relação de trabalho, determina a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a ação;

Se as ações oriundas da relação de trabalho são de competência da Justiça do Trabalho, e se eventual ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho visaria precisamente conduzir ao Poder Judiciário a discussão sobre os efeitos da política pública no que tange à manutenção dos postos de trabalho, ou, simplesmente, a

manutenção das *relações de trabalho*, a própria literalidade do art. 114, I/CF é determinante da competência material para processar e julgar as ações que se dirijam a tal finalidade;

A implementação de política pública que vá ao encontro da valorização social do trabalho talvez não exija o dispêndio de elevada soma de recursos do erário, razão por que não se admite, em casos tais, a objeção relativa à *reserva do possível*;

Se reside fundado receio de que o ato de governo encerra ofensa à Constituição, outro não é o *locus* adequado para a discussão do tema que o Poder Judiciário, que se pronunciará com amparo nas normas constitucionais e concluirá pela ocorrência ou não de transgressão na hipótese concreta, ao passo que se recusar a viabilidade da tese, é, antes de mais nada, atentar contra a cláusula constitucional da separação de poderes, reputada *norma intangível* pelo legislador constituinte originário (art. 60, § 4º, III/CF).

Salvador, abril de 2008.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público, São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

MARTINS, Simone Aparecida. O ato político. Sindicabilidade. O princípio da separação de poderes, *in*: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 1, nº 4, julho-setembro de 1993, pp. 199/210.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro; Ed. Lumen Juris, 3ª edição, 2008.

STRECK, Lenio. Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil, *in*: A constitucionalização do direito – A constituição como *locus* da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, pp. 3/41.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NETO, Manoel Jorge e Silva. CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, junho, julho, agosto, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-MANOEL-JORGE.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso

ao texto.

2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 6, n. 21, abr./jun. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.