MARIA HEMÍLIA FONSECA

DIREITO AO TRABALHO: UM DIREITO FUNDAMENTAL

NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

DOUTORADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2006

MARIA HEMÍLIA FONSECA

DIREITO AO TRABALHO: UM DIREITO FUNDAMENTAL

NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito das Relações Sociais sob a orientação do Professor Doutor Cássio Mesquita Barros Júnior.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2006

Banca Examinadora

_____

_____

_____

_____

_____

DEDICATÓRIA

A Deus Pai, pela Sua *Misericórdia* e *Amparo* Infinitos.

A José e Eliana, a quem Deus me deu a honra de chamar de *Pai* e *Mãe*, palavras que dispensam quaisquer comentários, pelo *Amor*, *Abnegação* e *Superação* que encerram.

A minha irmã, que mesmo tão longe sempre esteve muito perto.

Ao Leopoldo, que esteve ao meu lado em todos momentos deste trabalho, desde os mais alegres aos mais difíceis.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Cássio Mesquita Barros Jr., pela ajuda de sempre. Sem o seu apoio este trabalho não teria sido realizado.

Ao Prof. Dr. Rafael Sastre Ibarreche, pela gentileza de me receber na Universidade de Salamanca e auxiliar na elaboração deste estudo.

Aos Profs. Drs., cujas valiosas lições são lançadas diariamente em terreno fértil: a sala de aula.

Renato Rua de Almeida

Pedro Paulo Teixeira Manus

Rubens Alves Valtecides

Willis Santiago Guerra Filho,

Maria Garcia

Aos amigos de Salamanca, que estão em meu coração.

A Marbel, a Cleide e a Débora, que estiveram comigo em momentos muito difíceis.

Ao CNPq, cujo financiamento foi crucial para a realização de estudo.

RESUMO

Ante a importância e o significado que o trabalho humano adquiriu nos tempos atuais de desemprego, o direito ao trabalho figura no cenário mundial como base de sustentação e de promoção da dignidade humana.

Partindo do pressuposto de que o direito ao trabalho é um direito universal de todos os homens e que o seu reconhecimento como um direito fundamental está condicionado às diretrizes traçadas por cada ordenamento jurídico, o presente estudo procura demonstrar que o direito ao trabalho no ordenamento jurídico brasileiro (*i*) é reconhecido como um direito econômico-social fundamental; (*ii*) assume a estrutura de um princípio no texto constitucional de 1988, ou seja, apresenta-se como um mandamento de otimização que impõe direitos e deveres *prima facie*, exigindo, assim, a sua realização segundo as possibilidades fáticas e jurídicas previstas em cada caso concreto, nos moldes da teoria sobre regras e princípios desenvolvida por Robert Alexy; (*iii*) a sua análise pode se dar em uma dimensão individual e em uma dimensão coletiva, que têm correlação direta com os distintos campos de aplicação dos direitos fundamentais, ou seja, aquele que envolve o Estado e seus cidadãos e aquele que se centra nas relações entre os particulares; (*iv*) em seu âmbito individual aparece circunscrito ao contrato de trabalho e no âmbito coletivo associado ao objetivo do pleno emprego, especialmente às políticas públicas de trabalho e emprego; (*v*) a sua efetivação é uma conseqüência necessária do regime jurídico de proteção especial que a Constituição concedeu a estes direitos, e esta pode se dar através de mecanismos políticos e jurídicos.

Verifica-se, portanto, que no cenário brasileiro o “direito a trabalhar” não se trata de uma quimera irrealizável. Existem, sim, distintos mecanismos políticos e jurídicos a serem utilizados para a sua efetivação, bastando um pouco de vontade e coragem para ultrapassar velhos paradigmas.

ABSTRACT

In view of the importance and meaning placed on *work* presently when there is unemployment everywhere, the right to work arises again to the world scene grounded on the support and promotion of human dignity.

Assuming that the right to work is a universal right of all men, and that its acknowledgement as a fundamental right is conditioned to the guidelines drawn up by every legal system, the study herein searched to show that the right to work in the Brazilian legal system (i) is acknowledged as a fundamental social-economic right , (*ii*) it adopts the structure of a principle in the constitutional text dated back to 1988, that is, it is shown as an optimization commandment which imposes *prima facie* rights and duties , and thus it demands that it is carried out according to the phatic and legal possibilities foreseen in each concrete case , based on the theory about rules and principles developed by Robert Alexy; (iii) its analysis can be performed on an individual and collective dimension , which are closely related to the distinct application fields of the fundamental rights, that is, the one that involves the State and its citizens and the one that is centered in the relations among the private ones; (*iv*) in its individual range , it is shown circumscribed by the work contract and in the collective range it is associated to the objective of full employment, especially the public policies of work and employment; (*v*) its accomplishment is a needed consequence of the legal system of special protection that the Constitution has granted to these rights , and this can be done through political and legal mechanisms.

It was checked , therefore, in the Brazilian scene , that the “right to work” is not an unrealizable chimera. There are, indeed, different political and legal mechanisms for its accomplishment; will and courage in small doses are required to overcome old paradigms.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1

CAPÍTULO I - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 5
I.1. Os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito 6
I.2. A denominação “direitos fundamentais” 7
I.3. Abordagem histórica dos direitos fundamentais 9
I.4. As dimensões dos direitos fundamentais 14
I.5. Os direitos fundamentais e o movimento pós-positivista 15
I.6. As “normas-regras” e as “normas-princípios” 21
I.6.1. O conflito entre regras..... 22
I.6.2. A colisão entre princípios..... 24
I.6.2.1. Os princípios: questão terminológica..... 25
I.6.2.2. A colisão propriamente dita 28
I.6.2.3. A ponderação e a máxima da proporcionalidade 29
I.7. A moderna interpretação constitucional..... 35
I.7.1. Os princípios da interpretação constitucional 39
I.8. A fundamentalidade de um direito 42
I.9. Os efeitos verticais e horizontais dos direitos fundamentais..... 57
I.9.1. Os efeitos verticais dos direitos fundamentais 57
I.9.2. O efeitos horizontais dos direitos fundamentais 62
I.9.2.1. O modelo de efeitos indiretos 63
I.9.2.1.1. A teoria da dupla dimensão..... 65
I.9.2.2. O modelo de efeitos diretos..... 67
I. 9.2.3. Um modelo conciliador: a conexão entre os efeitos indiretos e os efeitos diretos dos direitos fundamentais 70

CAPÍTULO II - OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS 81
II.1. As obrigações positivas e negativas..... 84
II.2. Os níveis de obrigações 87
II.3. A chamada “reserva do possível” e a “garantia do mínimo necessário” 90
II.4. O mito da “inexigibilidade” e “injusticiabilidade” dos direitos econômicos, sociais e culturais..... 98
II.5. A corrupção como fator impeditivo à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais..... 104
II.6. A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais no ordenamento jurídico brasileiro..... 107
II.6.1. Os reflexos das normas internacionais de direitos econômicos, sociais e culturais na ordem interna..... 109
II.6.2. As obrigações decorrentes das normas internacionais de direitos econômicos, sociais e culturais..... 112
II.6.3. Os direitos econômicos, sociais e culturais na relação “Estado-cidadão” 115
II.6.3.1. Os direitos econômicos, sociais e culturais e as políticas públicas..... 116
I.6.3.2. A fiscalização das políticas públicas pela sociedade via Poder Judiciário 118
II.6.4. Os direitos econômicos, sociais e culturais na relação entre particulares..... 124

CAPÍTULO III - O DIREITO AO TRABALHO..... 127
III.1. A revolução industrial e a liberdade de trabalhar..... 129
III.2. O ano de 1848: surge o conceito histórico de direito ao trabalho 135
III.3. Segunda metade do Século XIX: esquecimento e
mutação à assistência pública..... 138
III.4. Século XX: internacionalização e reconhecimento dicotômico..... 139
III.5. A Liberdade de trabalhar, o dever de trabalhar
e o direito a trabalhar..... 143
III.5.1. A liberdade de trabalho..... 143
III.5.2. O dever de trabalhar 144
III.5.3. O direito ao trabalho..... 147
III.5.3.1. O direito ao trabalho: configuração dual ou bifronte 148
III.5.3.2. O direito ao trabalho: um direito de liberdade..... 149
III.5.3.3. O direito ao trabalho e as práticas anti-sindicais 150
II.6. Os principais instrumentos normativos internacionais
sobre o direito ao trabalho 151
III.7. Algumas considerações sobre o direito ao trabalho
no direito espanhol 154

**CAPÍTULO IV - O DIREITO AO TRABALHO NO
DIREITO BRASILEIRO**..... 162
IV.1. O direito ao trabalho nas Constituições anteriores à de 1988 163
IV.1.1. A “Constituição Política do Império do Brasil -
Jurada a 25 de Março de 1824” 163
IV.1.2. A “Constituição da República dos Estados Unidos do
Brazil - promulgada a 24 de Fevereiro de 1891”..... 166
IV.1.3. A “Constituição da República dos Estados Unidos
do Brasil - promulgada em 16 de Julho de 1934” 169
IV.1.4. A “Constituição dos Estados Unidos do Brasil -
decretada em 10 de novembro de 1937” 172
IV.1.5. A “Constituição dos Estados Unidos do Brasil -
promulgada em 18 de setembro de 1946” 175
IV.1.6. A “Constituição do Brasil - Promulgada em 24 de janeiro de 1967”..... 178
IV.2. O direito ao trabalho na Constituição Federal de 1988..... 182
IV.2.1. A liberdade de trabalho, o dever de trabalhar e o direito ao trabalho 186
IV.3. A fundamentalidade do direito ao trabalho..... 191
IV.4. A estrutura do direito ao trabalho..... 193
IV.5. O direito ao trabalho em seus âmbitos individual e coletivo 196
IV.5.1. A dimensão individual do direito ao trabalho 200
IV.5.2. A dimensão coletiva do direito ao trabalho..... 205
IV.6. O caráter transindividual do direito ao trabalho..... 210
IV.6.1. Interesses transindividuais (ou de grupo)..... 213
IV.6.2. Interesses difusos..... 213
IV.6.3. Interesses Coletivos..... 215
IV.6.4. Interesses Individuais Homogêneos..... 216
IV.6.5. Como identificar esses interesses..... 219
IV.6.6. O direito ao trabalho como um direito transindividual 221
IV.7. Os sujeitos ativos e passivos do direito ao trabalho..... 224
IV.7.1. Sujeitos Ativos 224

IV.7.1.1. A limitação dos sujeitos ativos em razão da nacionalidade 229
IV.7.1.1.1. O trabalho de estrangeiros no Brasil 236
IV.7.2. Sujeitos passivos 245
IV. 8. Uma interpretação do artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição de 1988 250

CAPÍTULO V - O DIREITO AO TRABALHO E A PROBLEMÁTICA DE SUA EFETIVAÇÃO 258
V.1. A efetivação do direito ao trabalho em sua dimensão individual 259
V.1.1. O direito ao trabalho nos momentos prévios ou constitutivos da relação de emprego 260
V.1.1.1. O direito ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência 263
V.1.1.2. O direito ao trabalho e o princípio da não discriminação no processo admissional 267
V.1.2. O direito ao trabalho no desenvolvimento da relação de emprego 270
V.1.3. O direito ao trabalho na extinção da relação de emprego 276
V.2. A efetivação do direito ao trabalho em sua dimensão coletiva 288
V.2.1. O direito ao trabalho, o pleno emprego e as políticas públicas 288
V.2.2. As políticas públicas de trabalho e emprego 289
V.2.3. As políticas públicas passivas e ativas de emprego 290
V.2.3.1. As políticas passivas de emprego 293
V.2.3.2. As políticas ativas de emprego 295
V.2.4. As políticas públicas de trabalho e emprego no Brasil 298
V.2.5. A criação do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT: um marco na política pública de trabalho e emprego no Brasil 301
V.2.6. Os principais instrumentos (ou programas) de política de trabalho e emprego financiados pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) 308
V.2.6.1. Os instrumentos de política passiva 310
V.2.6.2. O Programa do Seguro-Desemprego 310
V.2.6.3. Os instrumentos de política ativa 313
V.2.6.3.1. Os Programas de Geração de Emprego e Renda 314

a) Programa de Geração de Emprego e Renda - PROGER 314
b) Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - PRONAF 316
c) Programa de Expansão do Emprego e Melhoria da Qualidade de Vida do Trabalhador - PROEMPREGO 316
d) Programa de Promoção do Emprego e Melhoria da Qualidade de Vida do Trabalhador - PROTRABALHO 318
e) Outros Programas financiados com recursos do FAT 319

V.2.6.3.2. Os programas de qualificação profissional 322
V.2.7. Algumas considerações sobre as políticas públicas de trabalho e emprego no Brasil 326
V.2.8. A necessária fiscalização das Políticas Públicas de Trabalho e Emprego no Brasil 331
V.2.9. A Ação Civil Pública como instrumento de fiscalização 333

CONCLUSÃO 337

BIBLIOGRAFIA 341

INTRODUÇÃO

Vivenciamos uma fase de transição com decisiva influência nos setores sociais, culturais, jurídicos e econômicos. Com o Direito do Trabalho não é diferente, pois se verifica, inclusive, uma reestruturação de seus paradigmas iniciais, que sofrem a influência direta das alarmantes taxas mundiais de desemprego. Assim, imprime-se a este ramo do direito um caráter promotor e protetor do trabalho humano, e isso não se refere tão somente ao trabalho subordinado, como se entendia anteriormente.

Neste contexto, o direito ao trabalho se mostra como uma fonte de sobrevivência e promotora de dignidade humana, vinculando-se ao direito à vida, pois sem trabalho as pessoas não têm como proporcionar uma vida digna para si e para os seus familiares.

Contudo, a idéia de um direito a trabalhar nem sempre foi encarada desta forma. Inicialmente, ela se confunde com a “liberdade de trabalho”, para depois ser conjugada com o “dever de trabalhar”, notadamente nos antigos países socialistas. De todas as formas, historicamente este direito se mostrou como uma exigência de trabalho adequada à capacidade dos sujeitos frente ao Estado.

Apesar de ser um direito universal de todos os homens, há que se considerar, ainda, que, sob um enfoque concreto, nem todos os ordenamentos jurídicos o reconhecem como um direito fundamental. Diante disso, o objetivo central deste estudo é demonstrar que o direito ao trabalho assume o caráter de

fundamental no texto constitucional brasileiro de 1988. Para alcançar este objetivo, percorreram-se os seguintes caminhos.

O primeiro capítulo foi destinado à **análise dos direitos fundamentais**. Nele se examinou o conceito de direitos fundamentais e de direitos humanos, bem como a teoria sobre princípios e regras, desenvolvida por Robert Alexy. Em seguida, fixou-se nos critérios determinantes da fundamentalidade de um direito no ordenamento brasileiro e nos efeitos jurídicos dos mesmos, tanto nas relações entre o Estado e seus cidadãos, como nas relações entre particulares.

No segundo capítulo, as discussões se concentraram nos **direitos fundamentais de segunda dimensão**, quais sejam, os direitos econômicos, sociais e culturais. O seu escopo foi demonstrar que as análises que encaram tais direitos como "fórmulas fracas e vazias de efetividade" são parciais. Além disso, procurou-se destacar que o reconhecimento da fundamentalidade de diversos direitos de natureza econômica, social e cultural na Constituição de 1988 torna superada qualquer discussão quanto ao seu caráter normativo, portanto vinculante, e impõe a sua concretização. Ao final, cuidou-se, ainda que superficialmente, das principais questões que envolvem a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais na relação entre o Estado e seus cidadãos e na relação entre particulares.

O terceiro capítulo foi dedicado ao estudo do **direito ao trabalho de um modo geral**. Destacou-se, inicialmente, a conexão entre trabalho humano e o direito ao trabalho, para então apontar o papel promotor de dignidade humana deste último. Discutiu-se, ainda, a trajetória histórica do direito ao trabalho e as

associações feitas no decorrer da história entre este e a “liberdade de trabalho” e o “dever de trabalhar”, até se chegar ao seu reconhecimento atual como um direito econômico-social e às diversas perspectivas que lhe são impressas. Em seguida, fez-se menção aos principais instrumentos normativos internacionais que o prevêem. Depois se fixou a atenção no ordenamento jurídico espanhol, que consistiu em uma fonte inspiradora para a elaboração deste trabalho.

No quarto capítulo, cuidou-se especificamente do **direito ao trabalho no ordenamento jurídico brasileiro**. Nele, construiu-se um retrospecto dos textos constitucionais anteriores a 1988, procurando identificar se estes textos positivaram a liberdade de trabalho”, o “dever de trabalhar” e o “direito ao trabalho” e, em caso afirmativo, se houve alguma confusão conceitual ou terminológica entre as mesmas. Neste compasso, cuidou-se das disposições normativas que demonstram a positivação do direito ao trabalho na Constituição Federal de 1988. Feito isso, passou-se a considerar acerca da fundamentalidade do direito ao trabalho e, na seqüência, abordou-se sobre o seu caráter estrutural para, então, averiguar sobre uma possível separação teórica do mesmo em uma dimensão individual e em uma dimensão coletiva. Investigou-se, também, sobre os seus sujeitos ativo e passivo.

O quinto capítulo se dedicou à **problemática que envolve a efetivação do direito ao trabalho no ordenamento jurídico brasileiro**. Partindo da divisão teórica entre uma vertente individual e uma vertente coletiva do direito ao trabalho, procurou-se avaliar os diferentes mecanismos de efetivação, que se ajustam às circunstancias fáticas e jurídicas de cada uma destas dimensões.

Advertindo-se, desde já, que na vertente individual detectou-se uma prevalência de mecanismos jurídicos, pois que ela está vinculada ao contrato de trabalho. Já na dimensão coletiva, os mecanismos de efetivação se voltaram para o campo das políticas públicas de trabalho e emprego, uma vez que constituem eficientes instrumentos na busca da empregabilidade. Mas não se pode afastar a aplicação de mecanismos jurídicos nesta vertente, tendo em vista que a atuação dos poderes públicos não é livre e irrestrita, principalmente quando se trata da concretização de um direito fundamental.

As técnicas de pesquisa utilizadas foram basicamente a bibliográfica, a jurisprudencial e a legislativa. Adotou-se como parâmetro o ordenamento jurídico brasileiro, sem desconsiderar a experiência estrangeira, especialmente o direito espanhol.

Neste passo, há que se fazer um esclarecimento quanto à forma de se abordar a experiência estrangeira neste trabalho. Ainda que se tenha dedicado um tópico ao tratamento do direito ao trabalho no direito espanhol, em diversos momentos do estudo foram traçados paralelos entre este direito e o direito brasileiro.

Por fim, cabe esclarecer que as citações de autores estrangeiros foram muitas e, devido a isso, seria inviável transcrever em nota de rodapé cada fragmento citado. Portanto, todas se deram sob a modalidade “tradução livre do autor”.

CAPÍTULO I - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS[1]

A elaboração de um capítulo destinado essencialmente à análise dos direitos fundamentais nos parece coerente em função da relevância teórica que o tema alcançou no contexto jurídico atual e da necessidade de nos posicionarmos acerca de alguns pontos que ainda se apresentam controversos no cenário brasileiro.

Assim, inicialmente faz-se um esclarecimento terminológico sobre o termo "direitos fundamentais", para, em seguida, apresentar seus aspectos históricos e evolutivos. Discuti-se, também, sobre a estrutura da norma de direito fundamental, dando ênfase à distinção entre o que se convencionou chamar "normas-regras" e "normas-princípios", cujo tema está conectado ao movimento pós-positivista, à técnica de "ponderação", à máxima da "proporcionalidade" e à "moderna interpretação constitucional".

A seguir, verifica-se que a intelecção acerca da fundamentalidade de um direito deve se pautar em critérios concretos, traçados por um texto constitucional específico. Também se discute sobre o raio de extensão em que os direitos fundamentais podem ser sentidos, ou seja, os efeitos decorrentes destes direitos,

---

[1] Na elaboração deste capítulo, os seguintes questionamentos foram considerados: - Qual a importância dos direitos fundamentais no atual contexto mundial? - Qual a importância de se declarar ou se reconhecer um direito como fundamental? - Os direitos fundamentais podem ser analisados sob o âmbito individual e coletivo? - Qual a importância da escola pós-positivista para o direito constitucional e, principalmente, para os direitos fundamentais? - É possível se distinguir as normas jurídicas em "normas-regras" e "normas-princípios"? Qual a importância e o porquê de se fazer tal distinção? - Existe um procedimento diferenciado para solucionar as colisões entre princípios e os conflitos entre as regras de direitos fundamentais? - Existem distintos métodos e princípios de interpretação constitucional? Eles podem contribuir positiva ou negativamente para a efetivação dos mesmos? Quais são os critérios identificadores da fundamentalidade de um direito na Constituição Federal de 1988? – Os direitos fundamentais produzem efeitos tão somente na relação entre o Estado e seus cidadãos, ou os efeitos destes direitos também são sentidos na relação entre particulares?

tanto na relação entre o Estado e os cidadãos como na relação entre os particulares, cujo tema é conhecido como "os efeitos (ou a eficácia) verticais e horizontais dos direitos fundamentais". Estes últimos, sem dúvida, apresentam maiores controvérsias, que se concentram, basicamente, na existência de dois modelos: o de efeitos indiretos e dos efeitos diretos. Contudo, há quem defenda um novo modelo conciliador entre esses efeitos.

I.1. Os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito

A análise dos direitos fundamentais impõe, em primeiro plano, considerar sobre a "fórmula política" adotada por uma determinada Constituição, notadamente quando esta se configura em "Estado Democrático de Direito".

Segundo Pablo Lucas Verdú, a fórmula política de uma Constituição consiste na "expressão ideológica, fundada em valores que versam sobre a organização e o exercício do poder político em uma estrutura social"[2].

Atualmente, identifica-se um padrão de Constituição, inaugurado pela Constituição alemã de Bonn, que se propõe a instaurar um "Estado Democrático de Direito" fundamentado no valor supremo da dignidade humana[3]. Neste padrão constitucional, a consagração de "Direitos e Garantias Fundamentais" assume um

---

[2] Pablo Lucas Verdú (Compilador), "Prontuário de Derecho Constitucional", pg. 173. O autor explica que "a fórmula política de uma Constituição é influenciada por uma ideologia: liberal, democrática-liberal, socialista etc". Esta fórmula "está condicionada, não determinada por uma estrutura sócio-econômica".

[3] Pablo Lucas Verdú, "Prontuário de Derecho Constitucional", pg. 142, comenta que "os constituintes alemães conscientes e impressionados pela carga e opressão do nacional socialismo, ao começarem a regulamentação de seu Grundgesetz, afirmaram, rotundamente, a dignidade humana". Ver "LEY FUNDAMENTAL PARA LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA, de 23 de MAYO de 1949. Artículo 1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (...). Fonte de Pesquisa: www.constitucion.es/otras_constituciones/. Data da Pesquisa: 24-07-04.

papel de destaque, formando o principal vetor de orientação para a interpretação dos mandamentos constitucionais e infraconstitucionais[4].

Conseqüentemente, a importância de se qualificar direitos constitucionais como *fundamentais* reside no regime jurídico de proteção especial que, em geral, as Constituições lhes concedem[5]. Mesmo assim, a análise desses direitos suscita inúmeras dificuldades, a começar pela denominação.

I.2. A denominação "direitos fundamentais"

Em muitos casos, os termos "*direitos do homem*", "*direitos humanos*" e "*direitos fundamentais*" são utilizados indiscriminadamente, como se fossem sinônimos[6].

Considerando que as imprecisões terminológicas podem acarretar ambigüidades na interpretação e, por isso mesmo, devem ser evitadas, cabe realizar algumas reflexões acerca do que a doutrina tem entendido por "direitos fundamentais", diferenciando-os, então, dos chamados "direitos do homem" ou "direitos humanos".

---

[4] Willis Santiago Guerra Filho, "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais", pgs. 30 e 31. Neste sentido ver Jorge Miranda, "Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais", pgs. 180 e 181. Ingo Wolfgang Sarlet, "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988", pg. 27.

[5] Ingo Wolfgang Sarlet, "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988", pg. 26, lembra que "a íntima e, por assim dizer, indissociável vinculação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo". Willis Santiago Guerra Filho, "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais", pgs. 18 e 22, também destaca que o Estado Democrático de Direito se mostra como uma "fórmula política" que abre canais para "cada posição divergente demonstrar a parcela de razão que lhe cabe e a superioridade de uma frente às demais, em dada situação particular"

[6] Neste sentido, ver Vicente de Paulo Barreto, "Reflexões sobre os Direitos Sociais", In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 123.

Quanto ao questionamento sobre o que são normas de direito fundamental ou *jusfundamental*[7], Robert Alexy esclarece que esta pergunta pode ser realizada de forma abstrata ou concreta. É realizada abstratamente quando se interroga se uma norma pode ser identificada como norma de direito fundamental, independentemente de pertencer a uma determinada ordem jurídica ou Constituição. Por sua vez, é realizada concretamente quando se pergunta quais normas de uma determinada ordem jurídica, ou de uma determinada Constituição são normas de direito fundamental e quais não são[8].

Em decorrência disso, ao fazermos menção às normas de direitos fundamentais, devemos inicialmente esclarecer sob qual destes enfoques a questão será avaliada: abstratamente, quando se assume um caráter geral e universalista, sem se ater a uma determinada ordem jurídica; ou concretamente, quando as normas se circunscrevem a um determinado texto constitucional.

É a partir deste duplo contexto que compreende-se melhor a distinção que a doutrina vem fazendo entre "direitos fundamentais" e "direitos humanos" ou "direitos do homem".

O próprio Alexy explica que "*direitos fundamentais* são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo"[9], ou melhor, os direitos fundamentais **procuram transformar direitos humanos em direito positivo**.

---

[7] Expressão utilizada por Robert Alexy, em sua "Teoría de los derechos fundamentales", ao fazer referência à qualificação de uma norma que leva o condão de fundamental.

[8] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pg. 62. Ao elaborar a sua "Teoria dos direitos fundamentais", o autor adverte que o seu objetivo é elaborar uma teoria dos direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã e, por isso, se centrará na segunda pergunta, ou seja, quais normas desta Constituição são normas de direito fundamental ou não.

[9] Robert Alexy, "Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático", pg. 73; do mesmo autor, "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional", pg. 62.

Nessa transformação, os direitos do homem não sofrem prejuízos em sua validez moral, pelo contrário, ganham adicionalmente uma validade jurídico-positiva.

Na mesma direção, Jorge Miranda se manifesta contra a utilização indiscriminada desses termos no âmbito do Direito Constitucional, concluindo que os *direitos fundamentais* **são aqueles direitos estabelecidos por uma determinada ordem jurídica**, e, além de estarem "presentes na generalidade das Constituições do século XX (...), não se reduzem a direitos impostos pelo Direito natural"[10].

Por sua vez, J. J. Gomes Canotilho explica que os "*direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)", enquanto que os "*direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente". Assim entendidos, os "**direitos humanos" podem se tornar "direitos fundamentais" quando positivados**[11].

Nesta medida, é interessante avaliar que o próprio conceito de direitos fundamentais[12] se vincula a um lento processo histórico-evolutivo que deve ser considerado.

I.3. Abordagem histórica dos direitos fundamentais

Os documentos legislativos da Antigüidade já revelavam alguma preocupação com o reconhecimento de certos direitos aos cidadãos[13]. Contudo,

---

[10] Jorge Miranda. "Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais", pgs. 48 e 49.
[11] "Direito Constitucional", pg. 517. Na mesma direção, ver Willis Santiago Guerra Filho, "Teoria Processual da Constituição", pgs. 98 e 99: "Os primeiros se mostram como manifestações positivas do direito, com aptidão para produção de efeitos no plano jurídico, enquanto que os segundos são considerados pautas "ético-políticas".
[12] Aqui encarados como *direitos humanos* positivados em uma determinada ordem jurídica.

foi com o Cristianismo, quando o homem passou a ser encarado à imagem e semelhança de Deus, que o processo de reconhecimento de um valor intrínseco ao ser humano se iniciou[14].

O documento considerado pela maioria dos autores[15] como o antecedente mais remoto das Declarações de Direitos é a "*Magna Charta Libertatum*" da Inglaterra de 1215[16], extraída do Rei João Sem Terra pela nobreza, que se aproveitou de seu enfraquecimento devido às derrotas militares que sofrera[17].

Já no século XVIII, desenvolveu-se um novo Direito Natural (defendido principalmente por Hugo Grócio), que visualizava a natureza humana independentemente da existência de Deus e imprimia um caráter puramente racional à existência de direitos pertencentes aos homens[18].

Este racionalismo provocou reflexos políticos imediatos na França e na América do Norte. Antes mesmo da Declaração Francesa (Declaração dos

---

[13] Dalmo de Abreu Dallari, "As Declarações de Direitos", In Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover, Anna Cândida da Cunha Ferraz, "Liberdades Públicas", pg. 103. Ver Alexandre de Moraes, "Direitos Humanos Fundamentais", pgs 24 e 25.

[14] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover e Anna Cândida da Cunha Ferraz, "Liberdades Públicas", pg. 39. Na Grécia Antiga, especialmente em Atenas, a expressão "Liberdade" correspondia a "estar sujeito somente à lei; não estar sujeito a ninguém". Os gregos consideravam o trabalho escravo legítimo, inclusive filósofos como Platão e Aristóteles justificaram a sua existência. Segundo Luiz David Araujo e Vidal Serrano Nunes Jr., "Curso de Direito Constitucional", pg. 80. A idéia de leis eternas, ligadas à natureza humana surge com os estóicos, que defendiam a supremacia do direito natural sobre o positivo. A ética estóica teve grande influência no desenvolvimento da tradição filosófica, chegando mesmo a influenciar o pensamento ético cristão nos primórdios do Cristianismo.

[15] Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", pgs. 358 e359, entende que "mesmo não se tratando de uma manifestação de direitos fundamentais propriamente dita, a Magna Charta fornecia 'aberturas' para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem" (encarados como declarações universais).

[16] Esta Carta, no item 1, garantiu a todos os homens livres do reino as liberdades nela subscritas. No item 20, ditava a proporcionalidade entre o delito e a pena. Os itens 30 e 31 tratavam sobre o direito de propriedade. No item 39, estipulava o princípio do devido processo legal. No item 40, garantia o livre acesso à Justiça. Por fim, o item 61, estabelecia regras que garantiam o cumprimento dos preceitos ali estabelecidos. Ver Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover, Anna Cândida da Cunha Ferraz, "Liberdades Públicas", pgs. 45 a 54.

[17] Celso Ribeiro Bastos, "Curso de Direito Constitucional", pg. 152. Na Inglaterra, com o enfraquecimento do poder régio, importantes conquistas foram realizadas no século XVII. Reafirmou-se o direito ao Habeas Corpus com o "HABEAS CORPUS ACT" de 1679, bem como entrou em vigor a Petição de Direitos - "BILL OF RIGHTS" - de 1688.

[18] Dalmo de Abreu Dallari, "As Declarações de Direitos", In Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover, Anna Cândida da Cunha Ferraz, "Liberdades Públicas", pg. 103.

Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) devemos citar as Declarações Americanas[19], cujos primeiros passos foram dados pelo Estado da Virgínia, que publicou a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia[20] em 12 de junho de 1776, a qual serviu de modelo às subseqüentes[21].

Por sua vez, a Assembléia Nacional francesa aprovou, em 26 de agosto de 1789, a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", que teve, inegavelmente, maior repercussão do que as precedentes, sobretudo pelo caráter universal de seus preceitos[22].

Surgem, assim, os chamados direitos civis e políticos (ou individuais), vinculados à idéia de Estado de Direito e ao constitucionalismo de cunho eminentemente liberal. São também denominados "direitos de primeira geração", dentre eles, os direitos à vida, à igualdade, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, etc.

Neste quadro histórico-evolutivo, já no fim do século XIX e início do século XX, vislumbrou-se o desenvolvimento do capitalismo e da urbanização

---

[19] Celso Ribeiro Bastos, "Curso de Direito Constitucional", pg. 155.

[20] Seu artigo 1º declarava: "Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: **o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança**" (g.n.). As citações foram extraídas da DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DE VIRGÍNIA, In Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover, Anna Cândida da Cunha Ferraz, "Liberdades Públicas", pgs. 54 a 59.

[21] As influências dessas Declarações são, em parte, as mesmas da própria Declaração Francesa. Autores como Locke, Montesquieu e Rousseau também as influenciaram acentuadamente, assim como o liberalismo inglês, que sempre repercutiu profundamente na sua Colônia. Ver Celso Ribeiro Bastos, "Curso de Direito Constitucional", pg. 155. J. H. Meirelles Teixeira, "Curso de Direito Constitucional", pg. 682 e 683. Na "Declaração da Independência", redigida por Thomas Jefferson no Congresso de Filadélfia, em 4 (quatro) de julho de 1776, já haviam sido proclamados solenemente os princípios da igualdade, da liberdade, e do governo democrático, e a suprema dignidade humana como fonte dos direitos fundamentais. Somente dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 17 de setembro de 1787 foram consagrados textualmente direitos fundamentais em dez artigos por meio de emendas constitucionais.

[22] As Declarações de Direitos. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover, Anna Cândida da Cunha Ferraz, "Liberdades Públicas", pg. 105.

dos grandes centros industriais. Porém, ao mesmo tempo em que a produção crescia rapidamente, a miséria e a exploração se alastravam entre aqueles que tinham como única forma de sobrevivência sua mão de obra.

Isso fez com que o século XX viesse acompanhado de textos constitucionais fortemente marcados pelas preocupações sociais, conjuntamente aos direitos civis e políticos, dentre os quais a Constituição Mexicana de 31-1-1917, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 17-1-1918[23], seguida pela Constituição Soviética de 10-7-1919, a Constituição de Weimar de 11-8-1919[24] e a Carta do Trabalho, editada pelo Estado Fascista italiano em 21-4-1927[25].

Assim, o homem passou a reclamar uma nova forma de proteção à sua dignidade, agora *vinculada à satisfação de suas necessidades mínimas*. Tais direitos também são denominados "direitos de segunda geração"[26].

Depois das preocupações em torno da liberdade e da igualdade (formal e material), surge uma nova convergência de direitos voltada à essência do ser

---

[23] Dalmo de Abreu Dallari, "As Declarações de Direitos", In Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover, Anna Cândida da Cunha Ferraz, "Liberdades Públicas", pgs. 81 a 83 e 106. A Revolução Russa, de outubro de 1917, que deu início ao Estado Socialista com a DECLARAÇÃO SOVIÉTICA DOS DIREITOS DO POVO TRABALHADOR E EXPLORADO DE 1918, apesar de abolir o direito de propriedade privada e privar os cidadãos dos direitos (individuais e sociais) contrários aos interesses da Revolução Socialista, despertou a consciência do mundo para a necessidade de assegurar aos trabalhadores um nível de vida compatível com a dignidade humana. No Capítulo II, artigo 4º determinou-se que "**tendo em vista suprimir os elementos parasitas da sociedade e organizar a economia, fica estabelecido o serviço do trabalho obrigatório para todos**. (...)" (g.n.).

[24] Em 11 de agosto de 1919, foi promulgada a nova Constituição alemã, a célebre Constituição de Weimer, sob a influência marcante do manifesto do Príncipe Max de Baden, que prometia a implementação de políticas sociais dentre elas a jornada máxima de 8 horas. Nesta Constituição, no livro II ("Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão"), os direitos sociais tiveram destaque, mas, como bem se sabe, na República de Weimer a tese dominante foi a de que os direitos fundamentais eram encarados como "meras declarações", às quais deveriam se inspirar os poderes públicos em suas ações.

[25] Ver também Constituição da República Italiana, In Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover, Anna Cândida da Cunha Ferraz, "Liberdades Públicas", pgs. 94, 102 e 107.

[26] Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Jr., "Curso de Direito Constitucional", pg. 85 e 86.

humano, à sua razão de existir e ao destino da humanidade[27], direitos esses que se apóiam nos sentimentos de solidariedade e fraternidade. São também denominados "direitos de terceira geração"[28].

Após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência das atrocidades cometidas pelo nazismo e da constatação da impossibilidade de existir paz sem justiça social, houve uma expansão de organizações internacionais com o propósito de cooperação entre as Nações[29].

Em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, reafirmando a crença dos povos nos "direitos e garantias fundamentais"[30]

---

[27] Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Jr., "Curso de Direito Constitucional", pg. 86. No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Curso de Direito Constitucional", pg. 252, explica que a nova Constituição brasileira deu guarida a essa tendência, dispondo, por exemplo, sobre o direito ao meio ambiente (artigo 225). Alexandre de Moraes, "Direitos Humanos Fundamentais", pgs. 45 e 46, ressalta que a Constituição Política da República do Chile, no seu artigo 19, § 8º, também incluiu no rol dos direitos constitucionais: 'El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente'.

[28] Willis Santiago Guerra Filho, "Teoria Processual da Constituição", 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2002, pg. 47. O autor escreve com clareza acerca desta geração de direitos: "(...) na terceira geração concebe-se direitos cujo **sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano**, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento" (g.n.). Segundo Andrés García Inda, "Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos", pgs. 34, 35 e 37, provavelmente, a denominação mais característica desta geração de direitos seja a de 'direitos de solidariedade' propiciada por Karel Vasak e que alude à nova fundamentação dos direitos que se incluem nesta categoria. Também são denominados de 'community-oriented rights' (Gros Espiell), 'green rights' (Galtung), 'derechos de las futuras generaciones' (Brow Weiss; Franco Del Pozo), 'derechos sintéticos' para aludir a uma espécie de dupla titularidade – individual e coletiva – que viria a superar a tradicional oposição entre o individual e o coletivo, dentre outros.

[29] Dentre estas, podemos citar a Organização Internacional do Trabalho, cuja criação se deu em 1919. Ela surgiu em um contexto anterior ao narrado acima – no final da 1ª Grande Guerra e já no Preâmbulo de sua Constituição se destacava a importância do trabalho como fator essencial para se alcançar a dignidade humana. Em 26 de junho de 1945, foi aprovada a Carta das Nações Unidas buscando fornecer a base jurídica para a reorganização dos Estados e uma ação conjunta em defesa da paz mundial. Em abril de 1948, a IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, aprovou a Resolução XXX, consagrando a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Ver Dalmo de Abreu Dallari, As Declarações de Direitos, In Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover, Anna Cândida da Cunha Ferraz, "Liberdades Públicas", pg. 107.

[30] Aqui certamente as expressões "direitos e garantias fundamentais" estão sendo consideradas no sentido abstrato a que se refere Alexy, já comentado anteriormente.

inerentes à pessoa. A partir daí, intensificou-se a proteção internacional dos Direitos Humanos[31].

Como visto, normalmente se fala em "gerações" de direitos fundamentais a fim de distinguir a formação sucessiva de uma *primeira*, *segunda* e *terceira* geração (alguns já se referem até mesmo a uma *quarta*) [32].

Contudo, é necessário que esta classificação se ajuste a um contexto eminentemente histórico, e nunca a uma conjuntura metodológica que acabe dando margem a restrições normativas[33]. Considerando tal fato, atualmente a doutrina prefere utilizar o termo "dimensões" dos direitos fundamentais, em vez de "gerações".

I.4. As dimensões dos direitos fundamentais

Para Paulo Bonavides, o vocábulo "dimensão" substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo "geração", na medida em que este último acaba induzindo a uma sucessão cronológica dos direitos fundamentais[34].

---

[31] Flávia Piovesan, "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", pg.s. 347 a 474. Dentre estes instrumentos podemos citar: a Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio, a Convenção relativa ao Estatuto dos refugiados (28 de julho de 1951), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (21 de dezembro de 1965), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (16 de dezembro de 1966), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (16 de dezembro de 1966), Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (22 de novembro de 1969).

[32] Nesta direção, Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pgs. 570 e 571, trabalha a idéia de uma quarta geração dos direitos fundamentais, afirmando que "a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração (...). São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência".

[33] Esta observação é procedente quando se verifica o levantamento de uma "dupla perspectiva para a investigação da natureza jurídica" dos direitos econômicos, sociais e culturais.

[34] Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pgs. 571 e 572. Ver também Antônio Augusto Cançado Trindade, "A Proteção Internacional dos Direitos Humanos", São Paulo: Saraiva, 1991, pg. 39. Segundo o autor "a busca recente de meios eficazes de implementação de determinados direitos –

Andrés Garcia Inda comenta que o termo "gerações" sugere as idéias de sucessão e superação, como se as diferentes classificações de direitos viessem a substituir as anteriores, quando, na realidade, tratam-se de questões absolutamente inter-relacionadas[35].

Por esta razão, entende-se que os direitos fundamentais devem ser considerados como "uma categoria aberta e potencialmente ilimitada", que poderá ser complementada segundo a importância de um determinado direito para o pleno desenvolvimento da sociedade[36]. A sua trajetória vincula-se aos anseios e às necessidades humanas, que são refletidos nos diversos movimentos jurídicos existentes, dentre os quais nos interessa mais especificamente o estudo daquele que vem sendo chamado *pós-positivista*.

I.5. Os direitos fundamentais e o movimento pós-positivista

Antes de analisarmos a importância do movimento pós-positivista para o estudo dos direitos fundamentais, devemos tecer algumas considerações sobre as duas principais correntes que o antecederam: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.

---

econômicos e sociais (infra) – tem conduzido a uma reavaliação, nos planos tanto global quanto regional, das categorizações propostas no passado".

[35] Andrés García Inda, "Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos", pg. 34, nota 19. Segundo o autor, este fato faz com que alguns autores prefiram falar em 'categorias' de direitos.

[36] Juliana Maia (org.), "Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo", pg. 117. O autor comenta que "daqui a dez, vinte, cinqüenta ou cem anos poderá ser notada a importância de algum direito, talvez hoje inexistente, em decorrência da evolução tecnológica e cultural contínua do corpo social, que o leve a ser considerado como fundamental. (...)". Ver também Willis Santiago Guerra Filho, "Teoria Processual da Constituição", pg. 48. Para ele, fica claro como, por exemplo, o direito de propriedade, a partir do reconhecimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se a sua função social e, com o aparecimento da terceira dimensão, na medida em que atende à sua função ambiental.

Quando se fala em "jusnaturalismo", faz-se menção a uma das principais correntes *jusfilosóficas*, cuja idéia central versa sobre o reconhecimento "de um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado", mas de um "direito natural"[37].

De modo geral, o uso do termo foi correlacionado a fases históricas e a conteúdos diversos que remontam à Antiguidade Clássica, passando pela Idade Média e chegando aos dias atuais. Contudo, apesar dessas múltiplas variantes, o direito natural se apresenta em duas versões básicas[38].

A primeira, desenvolvida basicamente no período medieval, referia-se a leis estabelecidas pela vontade de Deus. Já a segunda, visualizava a existência de leis ditadas pela razão humana e de uma nova cultura laica (consolidada a partir do século XVII). O jusnaturalismo, portanto, fortalece a crença de que todos os homens possuem direitos naturais a serem preservados e respeitados pelo próprio Estado[39].

Com o advento do Estado Liberal, da consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e do êxito do movimento de codificação, o direito natural, através do jusnaturalismo racionalista, alcançou o seu apogeu e,

---

[37] Luís Roberto Barroso, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)", In Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (org.), "Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva", pg. 36.

[38] Ibid., pg. 37, notas de rodapé n. 32, 33 e 34. O autor esclarece que o "Jusnaturalismo tem sua origem associada à cultura grega, onde Platão já se referia a uma justiça inata, universal e necessária", mas sua divulgação em Roma coube a Cícero, em sua obra "Da República", que influenciou em grande medida o pensamento cristão e medieval. Santo Tomás de Aquino (1225-1274) desenvolveu o mais influente sistema filosófico e teológico da Idade Média, o Tomismo, demarcando fronteiras entre a fé e a razão, distinguindo quatro espécies de leis (ato de razão): uma lei eterna, uma lei natural, uma lei positiva humana e uma lei positiva divina. O surgimento do Jusnaturalismo Moderno é associado à doutrina de Hugo Grócio (1583-1645), considerada também precursora do Direito Internacional, pois ao difundir a idéia de direito natural como aquele que poderia ser reconhecido como válido por todos os povos, porque fundado na razão, desvincula-o não só da vontade de Deus, como de sua própria existência.

[39] Luís Roberto Barroso, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)", In Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (org.), "Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva", pgs. 35 e 36.

paradoxalmente, no decorrer do século XIX, foi empurrado para a margem da história pelo movimento positivista[40].

O positivismo filosófico[41] resultou da crença de que os múltiplos domínios da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis e independentes da vontade humana. O positivismo jurídico[42], por sua vez, procurou ajustar esse modo de pensar ao mundo do direito, criando a pretensão de originar uma Ciência Jurídica com características análogas às Ciências Exatas e Naturais.

Sob esta perspectiva, o Direito se afastou da Moral e dos valores transcendentes, bem como se sustentou a idéia de que "não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça"[43].

Contudo, conceitualmente, a adaptação dos métodos das Ciências Naturais às Ciências Humanas nunca foi satisfatória. O direito é uma invenção do homem, construída com base em fatos históricos e culturais, que se **destina à solução de**

---

[40] Luís Roberto Barroso, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)", In Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (org.), "Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva", pgs. 39 e 40.

[41] Maria Helena Diniz. "Dicionário Jurídico – V. 3, J–P", pg. 753. "Positivismo filosófico. Filosofia do direito. Doutrina que, sem abandonar suas posições antimetafísicas, acabou por se reformar, encerrando-se num mundo de relações lógicas e de símbolos, quando já não só de termos e formas de linguagem, em que toda a compreensão filosófica se cifra numa total imanência do espírito, autocompletando-se, mas de relações cortadas como o ontologismo e toda a transcendência. (...)".

[42] Maria Helena Diniz. "Dicionário Jurídico – V. 3, J–P", pgs. 753 e 754. "Positivismo jurídico. Teoria geral do direito e filosofia do direito. 1. Trata-se, para alguns autores, do normativismo jurídico de Kelsen. 2. Tentativa de amoralização completa do direito e da Ciência do Direito; purificando-a de qualquer fator, base ou fundamento moral ou jusnaturalístico, fazendo com que se limite aos fatos sem apreciar o valor. (...)".

[43] Luís Roberto Barroso, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)", In Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (org.), "Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva", pgs. 40 e 41.

conflitos e à pacificação social. Cabe-lhe, portanto, prescrever o *dever-ser* e o fazer valer nas situações concretas[44].

Com o tempo, o positivismo passou a sofrer inúmeras e severas resistências de outros movimentos filosóficos[45], que se acentuaram a partir do início do século XX. Mas a sua decadência está emblematicamente associada à derrota do Fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha, tendo em vista que tais regimes ascenderam ao poder em um quadro de legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei[46].

Assim, "a superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo, e ainda inacabado, de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação", que vem sendo denominado *Pós-Positivismo*[47].

Não se trata de uma desconstrução daquele conhecimento convencional, mas a sua superação, pois este novo movimento guarda deferência ao

---

[44] Luís Roberto Barroso, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)", In Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (org.), "Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva", pgs. 31 e 42.

[45] Ibid., pgs. 32,35 e 43. Ganha destaque a "Teoria Crítica do Direito", que abriga um conjunto de movimentos e de idéias que questionam as principais premissas utilizadas na defesa de um saber jurídico puro e tradicional, quais sejam, cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude; enfatiza ainda o caráter ideológico do Direito equiparando-o à Política, à um discurso de legitimação do poder, por entender que "o direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe", preconizando a atuação concreta e a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação. Dentro de uma visão histórica, nesse início de século (XXI), a Teoria Crítica tem o mérito de ter contribuído à modificação e à elevação do patamar do conhecimento clássico do Direito. Também podemos citar, como exemplos, a "Jurisprudência dos Interesses", iniciada por Ihering, e o "Movimento pelo Direito livre", onde se destacou Ehrlich.

[46] Luís Roberto Barroso, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)", In Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (org.), "Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva", pgs. 42 e 43.

[47] Luís Roberto Barroso, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)", In Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (org.), "Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva", pg. 43.

ordenamento positivo e, ao mesmo tempo, reintroduz as idéias de justiça e legitimidade[48].

Um dos grandes responsáveis por esta mudança de paradigma foi Ronald Dworkin[49], cujas críticas se baseiam "na constatação (pragmática) de que a concepção positivista do direito como sistema de regras (*rules*) resulta em um modelo que não é fiel à complexidade e sofisticação de sua prática, especialmente quando se ocupa dos chamados *hard cases*, nos quais se torna evidente o recurso a outras fontes, igualmente normativas, os *standards*". Estes últimos, tanto podem ser princípios éticos[50], quanto imposições para atingir melhorias econômicas, sociais ou políticas em dada comunidade, que ele denomina "*policy*" (política)[51].

O Professor alemão Robert Alexy também tem um papel de destaque no desenvolvimento do tema e, com a sua recente doutrina, muito tem colaborado para a superação do positivismo jurídico[52].

---

[48] Luís Roberto Barroso, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)", In Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (org.), "Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva", pgs. 44 e 45.

[49] Ver Ronald Dworkin, "Taking Rights Seriously", Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

[50] Neste ponto devemos fazer um paralelo quanto a noção de "princípio" adotada por Ronald Dworkin, que em geral vem associada à teoria dos princípios de Robert Alexy, mas na verdade se diferenciam em alguns pontos, principalmente porque Dworkin defende a existência de uma única resposta correta para os problemas jurídicos e a idéia de otimização não está presente em suas obras. Já Alexy rejeita expressamente na teoria dos princípios a possibilidade de uma única resposta correta e elabora o conceito de mandamento de otimização. Para se ter uma visão mais aprofundada sobre a diferença entre as teses adotadas por um e outro vide Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 121.

[51] Neste sentido Willis Santiago Guerra Filho, "Teoria Processual da Constituição", pgs. 121, 122 e 169, nota de rodapé n. 124. O autor explica que no direito anglo-saxão (e nos demais sistemas), a maior contribuição para o reconhecimento da natureza diferenciada dos princípios, enquanto norma jurídica, foi dado por Ronald Dworkin, ao propor a superação do conceito de ordenamento jurídico como um conjunto de regras primárias e secundárias, de autoria de H. L. A Hart.

[52] Luís Roberto Barroso, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)", In Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (org.), "Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva", pg. 45.

Os referidos autores (Dworkin e Alexy) são alguns dos representantes mais destacados da tese (ou teoria) que propõe uma "distinção forte"[53] entre regras e princípios. Segundo esta teoria, ambas as disposições são normas com "estruturas lógicas" diversas[54].

De um modo geral, as teorias sobre a distinção entre princípios e regras são classificadas em três grandes categorias: "(a) teorias que propõem uma distinção forte; (b) teorias que propõem uma distinção débil; (c) teorias que rejeitam a possibilidade de distinção"[55].

Segundo Robert Alexy, sob a perspectiva da teoria de distinção "forte", tanto as regras como os princípios são normas jurídicas, pois pertencem ao mundo deontológico[56] e expressam o *dever-ser* em forma de mandato, permissão ou proibição. Por isso mesmo, a distinção entre regras e princípios é de caráter estrutural, ou seja, entre dois tipos de normas[57].

---

[53] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pg. 86. Segundo Alexy, esta tese reconhece a divisão das normas em regras e princípios e admite, não uma diferença gradual, mas "qualitativa".

[54] Virgilio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 30, 31e nota de rodapé n.6. Segundo o autor, o fato dos princípios e das regras possuírem "estruturas lógicas" diversas implica também em uma "forma de aplicação" distinta. Analisaremos esta questão mais adiante.

[55] Ibid., mesmas páginas. As teorias que propõem uma diferenciação débil entre regras e princípios partem do pressuposto de que a diferença entre ambos não é assim tão marcada, como propõe os adeptos da teoria da "distinção forte". Haveria, portanto, somente uma diferença de *grau*. Por sua vez, as teorias que rejeitam a possibilidade de distinção entre regras e princípios sustentam que todas as qualidades lógico-deônticas presentes nestes últimos estão presentes naquelas. Por esta razão, os princípios e as regras são idênticos, ou o grau de semelhança entre eles é tão grande que uma diferenciação definitiva se torna impossível. Para uma leitura sobre estas teses ou teorias ver Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pgs. 82 a 86.

[56] Segundo Hilton Japiassú; Danilo Marcondes. "Dicionário Básico de Filosofia", pg. 67, "**deontologia** (ingl. Deontology, do gr. *deon*: o que é obrigatório, e logos: ciência, teoria) (...)".

[57] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pg. 83.

I.6. As "normas-regras" e as "normas-princípios"

Existem numerosas distinções teórico-estruturais acerca da norma de direito fundamental, mas, como já referido, uma das mais importantes é a distinção entre "normas-regras" e "normas-princípios"[58]. A grande contribuição de Robert Alexy à "teoria forte" foi o desenvolvimento do conceito de **mandamento de otimização**[59]. Nas palavras do próprio autor:

> "O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios **são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandamentos de otimização**, que **estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas**. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Contrariamente, as regras **são normas que somente podem ser cumpridas ou não.** Se uma regra é válida, então de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm **determinações** no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a

[58] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pgs. 81 e 83. Lembramos que o uso das expressões 'normas-regras' e normas-princípios' advém do fato de que para o autor "a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas", e não uma diferenciação entre norma e princípio, como se nota em alguns estudos. Sobre a estrutura da norma de direito fundamental ver Martin Borowski, "La estructura de los derechos fundamentales".

[59] Virgilio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 32. Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pg. 87, ao fazer tal conceituação, comenta na nota de rodapé n. 27: "a distinção apresentada se parece à de Dworkin (cfr. R. Dworkin, Taking Rights Seriouly, 2ª edição, Londres 1978, pgs. 22 ss., 71 ss.). Porém, diferencia-se em um ponto essencial, ou seja, na caracterização dos princípios como mandamentos de otimização".

> diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é o bem uma regra ou um princípio”[60] (g.n.).

Essa diferenciação entre o teor normativo das regras e dos princípios impõe formas distintas para a sua aplicação. Alexy procura dar ênfase a este fato quando faz uso de uma nomenclatura distinta para designar a resistência de interesses que envolvem, preponderantemente um ou outro tipo de norma: o “conflito entre regras” e a “colisão entre princípios”.

I.6.1. O conflito entre regras

Nos casos de “conflito entre regras”, tal oposição poderá ser eliminada com base na máxima “*lex especialis derrogat legi generali*” (lei específica derroga a lei geral), que também dá abertura para a inserção de uma espécie de “cláusula de exceção” em uma das duas regras[61].

Para exemplificar, Alexy cita o conflito entre uma regra que proíbe que os alunos de determinada escola saiam de suas salas de aula antes de soar o sinal, e outra que impõe a esses mesmos alunos que deixem suas salas se tocar o alarme de incêndio. Assim, a partir do critério “*lex especialis derrogat legi generali*”, a segunda regra poderá ser encarada como uma exceção à primeira[62].

Entretanto, alguns casos não admitem a inserção de uma “cláusula de exceção”. Por exemplo, quando duas regras estabelecem conseqüências jurídicas

---

[60] Robert Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, pgs. 86 e 87.
[61] Robert Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, pg. 88. Ver também Virgilio Afonso da Silva, “A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares”, pg. 33.
[62] Ibid., pg. 88.

totalmente inconciliáveis para a mesma situação fática. Nesta hipótese, a solução do conflito passa pela análise do conceito de validade jurídica da norma, que não é um conceito graduável: "uma norma vale ou não vale juridicamente"[63]. Então, a única alternativa será a declaração de invalidade de uma destas regras, cuja operação deverá se submeter aos critérios "*lex superior derogat legi inferior*" (lei superior prevalece sobre a inferior) e "*lex posterior derogat legi priori*" (lei posterior derroga a anterior)[64].

Ao exemplificar este raciocínio, Alexy cita uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, que julgou um conflito de competência entre uma regra de âmbito federal e uma estadual, notadamente entre o artigo 31[65] da Lei Fundamental, o artigo 22[66], parágrafo 1º, da Ordenança de horas de trabalho dos anos 1934 e 1938 (também de âmbito federal e recepcionada pela Constituição), e o artigo 2º da Lei de Banden sobre fechamento dos estabelecimentos comerciais de 1951[67], que conflitava frontalmente com o referido artigo 22, §1º.

No caso, o Tribunal Constitucional alemão considerou que a introdução de uma "cláusula de exceção" ao direito federal deveria ser excluída em virtude do artigo 31 LF, portanto, restava tão somente a alternativa de declarar a invalidez da norma do Estado federado[68].

Como se nota, as regras apresentam um caráter (ou uma razão) **definitivo**, ou seja, contêm uma **determinação** que somente será afastada com a introdução

---

[63] Ibid., pg. 88. Ver também Virgilio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 33 e 34.
[64] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pgs. 88 e 89.
[65] Este artigo prevê que "o direito federal tem prioridade sobre o direito dos Estados federados".
[66] Este artigo prevê que os estabelecimentos comerciais possam permanecer abertos durante os dias da semana entre as 7 e às 19 horas.
[67] Este artigo proibia a abertura dos estabelecimentos às quartas-feiras depois das 13 horas.
[68] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pgs. 88 e 89.

de uma “cláusula de exceção” ou com a declaração de sua invalidez. Por isso mesmo, o raciocínio que envolve a sua aplicação é a **subsunção**[69].

Os exemplos citados contribuem significativamente para a diferenciação entre regras e princípios, pois estes últimos seguem um raciocínio completamente diverso, como veremos a seguir.

I.6.2. A colisão entre princípios

Segundo a teoria dos princípios, elaborada por Robert Alexy, os princípios são encarados como **mandamentos de otimização**, portanto exigem que algo seja realizado na medida do fática e juridicamente possível; e as regras são normas que podem ser cumpridas ou não. É justamente desta diferença que surge a necessidade de se distinguir o procedimento adotado no “conflito” daquele adotado na “colisão” de direitos fundamentais[70].

Já analisamos as particularidades dos “conflitos entre regras”. Vejamos, então, as das “colisões entre princípios”. Mas, antes, devemos tecer alguns esclarecimentos quanto à noção de **princípio** adotada neste trabalho.

---

[69] Robert Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, pgs 99, 101, 102 e 103 e Martin Borowski, “La estructura de los derechos fundamentales”, pgs. 49.

[70] Robert Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, pg 99. Destaca-se, portanto, o fator estrutural que fundamenta esta diferença.

I.6.2.1. Os princípios: questão terminológica

A noção de princípio nem sempre é utilizada em um mesmo sentido. Como destaca Virgilio Afonso da Silva, trata-se de um termo "plurívoco"[71].E, por isso mesmo, cabe-nos esclarecer em qual sentido, dentre os vários existentes, o termo está sendo utilizado.

Uma parte significativa da doutrina brasileira, assim como da portuguesa, procura diferenciar regras de princípios a partir de um critério de fundamentalidade. Nesse contexto, os princípios são considerados "mandamentos nucleares" ou "disposições fundamentais" de uma determinada ordem jurídica.

Canotilho, por exemplo, escreve:

> "A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios. Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em substituição, se sugerir:
>
> (1) as regras e princípios são duas espécies de normas;
>
> (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas;
>
> Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.
>
> a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

[71] Virgilio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 35.

> b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, porém vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?) enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.
>
> c) **Caráter da fundamentalidade no sistema das fontes de direito**: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
>
> d) "Proximidade" da idéia do direito: os princípios são "standards" juridicamente vinculantes radicados nas exigências de "Justiça" (DWORKIN) ou na "idéia de direito" (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
>
> e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundante" (g. n.)[72].

Este critério de conceituação se afasta daquele proposto por Robert Alexy, para quem "uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a estrutura de um *mandamento de otimização*. Por isso, um princípio pode ser um "mandamento nuclear do sistema", mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade. O mesmo vale para as regras. Pode haver regras que sejam

[72] José Joaquim Gomes Canotilho, "Direito Constitucional", pgs. 165 e 166.

disposições fundamentais do sistema, mas isso é irrelevante para a sua classificação”[73].

Mesmo assim, muitos autores, sem desconsiderarem o critério estrutural proposto por Alexy para diferenciar regra e princípio, entendem que o campo propício dos direitos fundamentais é o dos princípios, ou melhor, que estes direitos “devem ser concebidos” como tais. Neste sentido, Martin Borowski, em sua tese de doutorado intitulada “Os direitos fundamentais como princípios”, sob a orientação do próprio Robert Alexy, defende que “os direitos fundamentais devem ser concebidos como princípios, ou seja, como mandamentos que ordenam a máxima realização com as possibilidades jurídicas e fáticas”[74].

Por esta razão, compete-nos esclarecer qual dessas acepções será adotada neste trabalho. Em primeiro lugar, aceita-se a possibilidade de que a norma de direito fundamental assuma a estrutura de uma regra ou de um princípio. Em segundo, quando se fizer referência à expressão “norma-princípio”, esta estará se referindo à norma que “exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades reais e jurídicas existentes”. Sem um envolvimento “*a priori*” com a noção de “fundamentalidade” da norma, que será tratada em outro momento.

---

[73] Virgilio Afonso da Silva, “A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares”, pg. 36. Neste sentido, Robert Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, pg. 98, adverte: “ainda quando todas as normas de direito fundamental explicitamente previstas tivessem exclusivamente caráter de princípios – algo que, como se mostrará, não é assim – existiriam entre as normas de direito fundamental tanto algumas que são princípios e outras que são regras”.

[74] Martin Borowski, “La estructura de los derechos fundamentales”, pgs. 47 a 56. Neste livro o autor recorre às idéias centrais da referida tese de doutorado. Entre nós Willis Santiago Guerra Filho, “Teoria Processual da Constituição”, pgs. 128, 160, 163, 164 e 169, na mesma diretriz, defende os direitos fundamentais estão consagrados objetivamente em “princípios constitucionais especiais”, e por isso são responsáveis pela “concretização” ou “densificação” do “princípio fundamental geral” de respeito à dignidade humana.

I.6.2.2. A colisão propriamente dita

A colisão entre princípios vai além da dimensão da validade jurídica da norma, pois neste procedimento não se exige a declaração de invalidade de nenhum dos princípios envolvidos, bem como não se permite a inserção de uma "cláusula de exceção" em relação a outro. Sendo assim, verifica-se que somente podem colidir princípios válidos[75].

A colisão entre princípios[76], nas palavras de Alexy, passa pelo estabelecimento de uma "**relação de precedência condicionada**", atendendo-se evidentemente às circunstâncias fáticas daquele caso. Sob outras condições, a questão da precedência pode, inclusive, ser solucionada de forma inversa[77].

---

[75] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pg. 89 e Virgilio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 34, 35 e nota de rodapé n. 20. O autor faz um esclarecimento interessante quanto ao entendimento de Joseph Raz ("Legal Principles and Limits of Law", Yale Law Journal 81 (1972), pp 832 e 833), de que neste caso pode-se falar também que houve uma instituição de uma "cláusula de exceção". Virgílio aponta que quando se trata das regras a exceção será sempre a mesma e valerá para todas aquelas forem aplicadas. Já nos princípios não, eles estão submetidos às relações condicionadas de precedência, ou seja, aos liames de um determinado caso concreto.

[76] De todas as formas, é importante considerar que "o conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente". As colisões entre direitos fundamentais em sentido estrito se dão quando o exercício ou realização de um direito fundamental de um titular irradia efeitos negativos sobre direitos fundamentais de outro(s), sendo que estes direitos poderão ser os mesmos ou não. As colisões em sentido amplo, por sua vez, podem se dar entre normas-regras ou normas-princípios que tenham como objeto bens coletivos, que não são somente os que se contrapõem aos direitos individuais, mas também os que auxiliam no seu fomento ou cumprimento. Sobre colisões entre direitos e titulares distintos, o autor afirma que estas poderão se dar entre direitos fundamentais de qualquer natureza, especialmente, entre direitos de liberdade e igualdade, o que inclui aquelas de âmbito privado, como por exemplo, a proibição de discriminação, envolvendo empregador e empregado. Neste sentido, ver Robert Alexy, "Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático", pgs. 68 a 72.

[77] Ibid., pg. 92. Nesta direção, Virgilio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 32 e 34, afirma que no caso de colisões de princípios "não há como se falar em um princípio que sempre tenha precedência em relação a outro [ou em relações absolutas de precedência]. Se isso ocorrer, não estaremos diante de um princípio – pelo menos não na acepção usada por Alexy". O autor adverte, ainda, que 'a possibilidade de colisão com outros princípios poderá limitar, no caso concreto, a realização de um ou mais princípios de forma parcial ou total".

Para se chegar a uma solução adequada, leva-se em consideração o peso que cada princípio assume no caso concreto. Isto significa dizer que um princípio (P_1) terá um peso maior que um princípio oposto (P_2) quando existam razões suficientes para tal precedência, sob as condições (C) apresentadas neste caso concreto[78].

Os princípios, encarados como **mandamentos de otimização**, apresentam um caráter (ou uma razão) *prima facie*, ou seja, não possuem um conteúdo **definitivo** em relação aos princípios contrapostos e às possibilidades fáticas. Assim sendo, o raciocínio que envolve a sua aplicação é a "**ponderação**", através da máxima da proporcionalidade[79].

I.6.2.3. A ponderação e a máxima da proporcionalidade[80]

Como visto, o raciocínio que envolve a aplicação de princípios em colisão é o ponderativo. Isto significa dizer que se um princípio entra em colisão com um

---

[78] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pg 93.

[79] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pgs. 99, 101, 102 3 103 e Martin Borowski, "La estructura de los derechos fundamentales", pgs. 49. Entre nós Luís Roberto Barroso, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)", In Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (org.), "Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva", pgs. 46, 47 e 48. O autor lembra que em uma ordem pluralista existem valores e fundamentos diversos, muitas vezes contrapostos, o que faz com que a aplicação dos princípios se dê mediante *ponderação*. Nesta direção ver Willis Santiago Guerra Filho, "Teoria Processual da Constituição", pg. 158.

[80] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pg. 112 e nota de rodapé n. 112. O autor comenta que a máxima da proporcionalidade comumente é denominada "princípio da proporcionalidade". Entretanto, ele esclarece que não se trata de um princípio no sentido por ele trabalhado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas frente a algo distinto, bem como não se pode dizer que têm precedência em determinados casos e em outros não. A pergunta que se faz é se as estas máximas parciais são satisfeitas ou não, e o seu descumprimento tem como conseqüência a ilegalidade. O que o faz concluir, que as três máximas parciais têm que ser catalogadas como regras. Em sentido contrário, vide Willis Santiago Guerra Filho, "Teoria Processual da Constituição", pgs. 84 e 85.

outro princípio oposto, a decisão sobre qual destes terá o maior peso naquela circunstância concreta se fundamenta em uma **ponderação**[81].

Segundo Alexy, o "mandamento de ponderação" se subdivide em três máximas, que são denominadas "*máxima da adequação*", "*máxima da necessidade*" e "*máxima da proporcionalidade em sentido estrito*" (ou postulado de ponderação propriamente dito)[82].

Sob esta perspectiva, uma medida é *adequada* se atinge o fim almejado; *necessária* quando se trata do meio mais benigno, e *proporcional em sentido estrito* se se pondera que as suas vantagens superam as desvantagens[83].

A noção de "proporcionalidade" se esboça como uma "limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados" e se confunde com o nascimento do Estado de Direito Moderno. No decorrer da primeira metade do século XX esteve vinculada à limitação da liberdade individual dos cidadãos, obstando que a atividade policial fosse além do necessário e exigível para a consecução de sua finalidade[84].

Foi Walter Jellinek quem a relacionou com a discricionariedade, enfatizando que as leis não distinguem o poder discricionário da polícia dos

---

[81] Robert Alexy defende que o uso da ponderação como método permite que se chegue, de forma racional, a um resultado concreto quanto aos diferentes graus de realização dos princípios, ou ainda, quanto às distintas intensidades de intervenção nos mesmos ("leve", "média" e "grave") – ver "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", pgs. 32 e 33; "Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático", pg. 78.

[82] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pgs. 111 e 112.

[83] Robert Alexy, "Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático", pgs. 77 e 78. O autor lembra que "um meio não é necessário se existe um mais ameno, menos interventor" e "quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam". Neste passo, Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", pgs. 33 e 37, explica: "En lugar de "grado de la no satisfacción o de la afectación" puede también hablarse de "intensidad de la intervención".

[84] Willis Santiago Guerra Filho, "Teoria Processual da Constituição", pgs. 73, 75 e 77.

demais órgãos da Administração[85]. A sua transposição para o direito constitucional (e a conseqüente irradiação para os demais campos do Direito) tem como ponto central a atuação do Tribunal Constitucional Alemão, quando passou a encará-la como uma regra condutora de toda a atividade estatal, decorrente do Estado de Direito[86].

A partir de então, a idéia de "proporcionalidade" vem sendo cada vez mais empregada pela doutrina e pela jurisprudência de diversos países como um procedimento racional a ser utilizado na resolução de colisão de direitos fundamentais.

Nesta análise, o Tribunal Constitucional alemão consolidou o entendimento de que "a máxima da proporcionalidade resulta "no fundo da própria essência dos direitos fundamentais"[87].

Mas se considerarmos, como faz Alexy, que a norma de direito fundamental assume a estrutura de uma regra ou de um princípio e que esta diferença estrutural impõe distintas formas de aplicação para um e outro tipo de norma (subsunção e ponderação), tal assertiva deve ser compreendida em *sentido*

---

[85] Ibid.,. Com esta análise abriu-se a possibilidade de estender a problemática às demais funções estatais, pois é vedada a arbitrariedade, na aplicação da lei pelo Poder Judiciário, e, na produção normativa pelo Poder Legislativo, que deve ter como parâmetro de atuação os limites impostos pela Constituição.

[86] Willis Santiago Guerra Filho, "Teoria Processual da Constituição", pgs. 78, 79, 81, 82, 84 e 85. Com esta análise abriu-se a possibilidade de estender a problemática às demais funções estatais, pois é vedada a arbitrariedade, na aplicação da lei pelo Poder Judiciário, e, na produção normativa pelo Poder Legislativo, que deve ter como parâmetro de atuação os limites impostos pela Constituição. O autor esclarece que "embora não haja nenhum pronunciamento expresso nesse sentido, pode-se dizer que a mais alta Corte alemã ocidental se vale do que a doutrina aponta como a tríplice manifestação do 'mandamento da proporcionalidade'".

[87] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pg. 112.

estrito[88], ou seja, quando as normas de direitos fundamentais assumem o caráter de princípio[89].

Para o autor, "o caráter de princípio [das normas de direito fundamental] implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela". Mas isto não significa que se deve excluir a vinculação desta máxima ao princípio do Estado de Direito, pois esta fundamentação é considerada um reforço muito bem vindo à "fundamentação jusfundamental"[90].

Segundo Martin Borowski, ainda que as regras não estejam sujeitas à técnica de ponderação, os confrontos entre regras e princípios "se resolvem pela dimensão do peso, sempre que seja necessária uma ponderação entre um princípio e o(s) outro(s) princípio(s) que sustenta(m) o conteúdo da regra"[91].

Mesmo nestes casos, é preciso que se entenda que a "máxima de proporcionalidade" (também denominada pelo Supremo Tribunal Federal "razoabilidade" ou "proibição de excesso") não confere um caráter absoluto às normas de direitos fundamentais, seja quando assumam a estrutura de uma regra

---

[88] Entretanto, cabe aqui uma ressalva. Quando se entende que os direitos fundamentais devem ser concebidos essencialmente como princípios, ou seja, quando se defende a natureza principiológica das normas que os prevêem, tal restrição perde o sentido, na medida em que todos os conflitos de direitos fundamentais envolverão uma colisão de princípios, que, por sua vez, será resolvida através da técnica de ponderação, envolvendo a máxima da proporcionalidade em suas três máximas parciais. Neste sentido, ver Martin Borowski, "La estructura de los derechos fundamentales", pgs. 47 a 56, entende que "os direitos fundamentais devem ser concebidos como princípios, ou seja, como mandamentos que ordenam a máxima realização com as possibilidades jurídicas e fáticas". Entre nós Willis Santiago Guerra Filho, "Teoria Processual da Constituição", pgs. 128, 160, 163, 164 e 169, na mesma diretriz anota que os direitos fundamentais estão consagrados objetivamente em "princípios constitucionais especiais", e por isso são responsáveis pela "concretização" ou "densificação" do "princípio fundamental geral" de respeito à dignidade humana.

[89] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pgs. 111, 112.

[90] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pgs. 111, 112 e 115. O autor denomina esta diretriz "fundamentação jusfundamental", mas não exclui outras teses que fundamentam a máxima da proporcionalidade no princípio do Estado de direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça, na medida em que são reforços bem vindos à "fundamentação jusfundamental".

[91] Martin Borowski, "La estructura de los derechos fundamentales", pg. 49, nota de rodapé n. 61. Para Robert Alexy, "Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático", pg. 75, o "ponto decisivo teoria dos princípios é que atrás e ao lado das regras estão os princípios". Ver também Willis Santiago Guerra Filho, "Teoria Processual da Constituição", pgs. 124.

ou de um princípio. Como destaca o próprio Alexy, é justamente neste ponto que entra em cena o princípio formal da competência do Legislador para decidir acerca de uma eventual restrição desses direitos, que se legitima a partir do princípio democrático[92].

Seguindo essa diretriz, a doutrina pátria vem se manifestando no sentido de que tais direitos se expõem a restrições autorizadas, expressa ou implicitamente, pela Constituição. Há, inclusive, quem as classifique como **reservas legais simples**[93] e **reservas legais qualificadas**"[94].

O Supremo Tribunal Federal também já firmou a orientação de que "não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas

---

[92] Robert Alexy, "Epílogo a la teoría de la constitución, pgs. 52 a 54: "Es exactamente en este punto en el que entra en juego el principio formal da la competencia del Legislador para decidir, competencia que se legitima a partir del principio democrático. Este principio es un principio formal, porque no establece ningún contenido, sino sólo señala quién debe establecer dicho contenido. (...) En cuanto tal, este principio impone que el Legislador democráticamente legitimado sea, en la mayor medida posible, quien tome las decisiones importantes para la comunidad. (...) la primacía absoluta del principio iusfundamental material implicaría eliminar casi por completo la libertad de acción del Legislador en extensos ámbitos de la vida política. Esto no es aceptable desde el punto de vista de una Constitución que instituye un Legislador y, aún más, que instituye un Legislador democráticamente legitimado de manera directa. (...) Por lo tanto, es necesario excluir la posibilidad de la primacía absoluta del principio iusfundamental material sobre el principio de la competencia de decisión legislativa. Esta solución no sería compatible con el principio de la separación de los poderes, ni con el principio democrático. No obstante, tampoco es de recibo la otra solución extrema. (...) Si las soluciones extremas deben ser descartadas, es necesario considerar las soluciones intermedias (...)".

[93] Segundo a doutrina, a reserva legal simples ocorre quando a Constituição limita-se a estabelecer que eventual restrição do legislador ordinário seja prevista em lei. Temos como exemplos alguns incisos do artigo 5º da CF que mencionam: 'na forma da lei' (inciso VI), 'nos termos da lei' (inciso VII) e 'nos termos da lei' (inciso XV). Ver Juliana Maia (org.), "Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo", pg. 111.

[94] Segundo Juliana Maia (org.), "Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo", pg. 112, "a reserva legal qualificada ocorre quando a Constituição, além de exigir que a restrição esteja prevista em lei, estabelece, também, as condições ou os fins que devem ser perseguidos pela norma restritiva". Um exemplo concreto em que "o legislador constituinte prescreveu uma restrição legal qualificada é o XIII, do art. 5º onde estabelece: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (...)", mas na parte final, permite que a lei venha estabelecer restrições a essa liberdade pública e, de pronto, já qualifica a ação do legislador ordinário: "tais restrições somente poderão exigir, para o exercício do trabalho ou profissão, o atendimento de certas qualificações profissionais".

restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição”[95].

Mas, ainda assim, é importante considerar que os direitos fundamentais não podem ser completamente restringidos, tendo em vista que a máxima da proporcionalidade (ou da proibição de excesso) também impõe ao legislador o dever de respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade. Essa limitação à atuação do legislador ordinário foi originariamente denominada pela doutrina alemã “*Teoria dos Limites dos Limite*”[96].

Deve-se destacar, por fim, a relevância que este novo contexto pós-positivista tem para o estudo dos direitos fundamentais, notadamente a partir da teoria dos princípios (elaborada por Robert Alexy), em que as regras e os princípios são encarados como normas e, tanto um como o outro, podem figurar como razões para decisões, ou seja, como juízos concretos de **dever ser**.

Tal fato, nas palavras de Nestor Osuna Patiño, “dota o mundo dos direitos fundamentais de um extraordinário dinamismo”, fazendo com que “os critérios tradicionais de interpretação do direito resultem insuficientes e o valor clássico

---

[95] MS n. 23.452/RJ, Relator Min. Celso de Mello, DJ 12/05/2000. Conclui-se, ainda, que “nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”.

[96] Ver Konrad Hesse, “Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha”, pgs. 250 a 264 (§10º, II e III) e 264 – 274 (§10º, IV). O autor expõe que “os direitos fundamentais, na medida em que também estão sob reserva legal, pertencem às partes integrantes essenciais da ordem constitucional e essa determinação proporcional nunca deve ser efetuada de forma que prive uma garantia jurídico-fundamental mais do que o necessário, ou até completamente, de sua eficácia na vida da coletividade. A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser *adequada* para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser *proporcional* no sentido estrito, isto é guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental”. Ver também Ingo Wolfgang Sarlet, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”. O autor na página 120, nota de rodapé 225, faz um levantamento considerável de obras brasileiras que cuidam do tema.

da seguridade jurídica não logre abarcar todo o campo de ação dos direitos fundamentais”[97].

Sem dúvida, esta nova diretriz procura alcançar a máxima efetividade das normas *jusfundamentais*, que têm como fundamento último a dignidade humana. Seus reflexos são sentidos em todos os campos do Direito, notadamente no interpretativo que, por sua vez, também se volta à promoção da “unidade da Constituição”.

I.7. A moderna interpretação constitucional

Esta análise procura ressaltar o papel de destaque que os “Direitos e Garantias Fundamentais” assumem no atual constitucionalismo, formando o principal vetor de orientação para a interpretação dos mandamentos constitucionais e infraconstitucionais[98].

Não existe, rigorosamente, distinção de natureza entre a interpretação das normas constitucionais e das demais normas do ordenamento jurídico; entretanto, o caráter valorativo destas últimas impõe, em alguns pontos, uma metodologia diferenciada em relação às outras normas jurídicas[99].

No campo do Direito, os métodos de interpretação constituem um problema de difícil solução, pois os juristas, buscando alcançar seus objetivos, construíram uma grande variedade de técnicas segundo os valores culturais de

---

[97] Nestor Osuna Patiño, “Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales”, pg. 31.

[98] Mesmo assim, outros dois fatores precisam ser considerados. O primeiro é a superioridade hierárquica das normas constitucionais em face das demais, e o segundo é a sua natureza política. Por conduzirem a estrutura do Estado, atribuindo competência aos poderes e fixando o comportamento dos órgãos estatais, não podem ser ignoradas pelos mesmos no exercício de suas atribuições.

[99] Paulo Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, pgs. 109 e 110.

sua época[100]. Daí porque a advertência de que "não há método puro, sendo razoável admitir que todo método encerra elementos de outros"[101].

Sob esta perspectiva, os métodos (ou espécies) mais comentados pela doutrina podem ser subdivididos em duas grandes linhas: os chamados "métodos clássicos de interpretação" e os "modernos métodos de interpretação constitucional".

Para os primeiros, a Constituição é encarada como uma "lei". Assim sendo, para se captar o sentido desta "lei" é necessário fazer uso das regras tradicionais da hermenêutica[102]. Os segundos, por sua vez, concedem um amplo alcance aos textos constitucionais e procuram estabelecer uma adequação mais efetiva entre o Direito e a Sociedade.

Dentre os "métodos clássicos de interpretação", o primeiro a ser considerado é o **método gramatical, filológico ou literal** (também conhecido como interpretação gramatical)[103]. O segundo consiste no que se convencionou

---

[100] Ibid., pg. 11. O autor emprega a palavra método no sentido de técnica ou processo de raciocínio. Sem sombra de dúvidas, a área dos chamados métodos de interpretação é um campo minado de tensão, onde a história, a política, a ideologia se mesclam com a lógica, pg. 27.

[101] Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pg 415. O autor nos conta que "a jurisprudência constitucional, pelo menos aquela seguida na Alemanha pelo Tribunal de Karlsruhe, não proporcionou até agora uma unidade coerente na adoção de métodos interpretativos, antes, pelo contrário, se avolumam as queixas acerca da instabilidade hermenêutica ali verificada com a freqüente mudança de posições, a qual, segundo muitos, ameaça imergir toda a problemática da interpretação constitucional num verdadeiro "caos metodológico".

[102] Utilizando elementos interpretativos, tais como, o elemento filológico (literal, gramatical, textual), o elemento lógico (sistemático), o elemento histórico, o elemento teleológico (elemento racional) e o elemento genético.

[103] Christiano José de Andrade, "O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica", pg. 29. Nesta direção, Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pg. 401, comenta que a interpretação gramatical, segundo von Jhering, assenta-se no princípio que reconhece por legislado somente o que se disse no texto da lei, de modo direto e expresso. Já Tércio Sampaio Ferraz Jr., "Função Social da Dogmática Jurídica", pg. 15, enfatiza que a interpretação gramatical ou literal é ilusória, devendo ser um ponto de partida e nunca o fim do processo. Este método centra-se em torno do significado literal das palavras que são examinadas isoladamente ou no contexto da oração, mediante o emprego de meios gramaticais ou etimológicos. Para Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pg. 402, com a interpretação lógica procura-se "reconstruir o pensamento ou intenção de quem legislou (legislador constituinte), de modo a alcançar depois a precisa vontade da lei".

intitular "**interpretação lógica"**, em que o intérprete procura examinar uma determinada lei em conexão com as demais. Anna Cândida da Cunha Ferraz, com fundamento em Pietro Merola Chierchia, esclarece que "três são os caminhos que, em geral, a doutrina segue para desenvolver a **interpretação lógica**: o **histórico**, o **teleológico** e o **sistemático**, segundo os quais, respectivamente, a norma é analisada quanto **à sua formação e elaboração**, **ao fim que persegue** e **às suas relações com outras normas do mesmo ordenamento**"(g.n.)[104].

Atualmente, há que se levar em conta a evolução teórica que se procedeu no campo do direito, assim como os novos métodos interpretativos dela decorrentes. Neste sentido, no campo doutrinário e jurisprudencial ganham destaque os novos e modernos métodos de interpretação constitucional[105].

Como já mencionado, a moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal. Neste contexto, cabe fazer referência ao "**método tópico de interpretação constitucional**"[106], também denominado "tópico-problemático"[107]. Outro a ser

---

[104] "Processos Informais de Mudança da Constituição", pg. 41 e 43. A autora nos informa o entendimento de Pietro na nota de rodapé 83, para quem, este critério de interpretação constitucional (sistemático), no plano metodológico, se coloca em posição superior e prioritária em relação aos demais elementos interpretativos, qualificando-o como 'um princípio particular da interpretação constitucional, que precede e condiciona todos os outros, enquanto fornece o critério para individualizá-los e verificar-lhes a aplicação'. Paulo Bonavides. "Curso de Direito Constitucional", pg. 405. Paulo Bonavides, ao comentar sobre este método, que denomina "**lógico-sistemático**", pondera que uma norma faz parte de um sistema – a ordem jurídica – que, por sua vez, compõe um todo capaz de emprestar o verdadeiro sentido àquela. Lembra, ainda, que, para muito alguns autores, trata-se de um instrumento satisfatório para averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas

[105] José Joaquim Gomes Canotilho, "Direito Constitucional", pgs., 219 a 221, ao analisar, de um modo geral, os métodos de interpretação aponta os seguintes: o método jurídico ou método hermenêutico clássico, o método tópico-problemático, o método científico-espiritual, a metódica jurídica normativo-estruturante e o método hermenêutico-concretizador. Por questões didáticas e metodológicas alterar-se-á a seqüência determinada pelo autor em seu livro.

[106] Denominação utilizada por Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pg.. 446.

[107] Assim denominado por J. J. Gomes Canotilho no seu "Curso de Direito Constitucional", pg. 220.

mencionado é o "**método integrativo**" (ou científico-espiritual), que foi desenvolvido no seio doutrinário alemão, notadamente por Rudolf Smend.[108].

De grande relevância foram os estudos desenvolvidos pelo professor alemão Konrad Hesse, cujas bases deram origem ao chamado "**método interpretativo de concretização**"[109], também conhecido como "hermenêutico-concretizador"[110]. Este método gravita ao redor de três elementos básicos: a norma que se vai concretizar, a compreensão prévia do intérprete e o problema concreto a resolver"[111].

---

[108] Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pgs. 435 a 438. Segundo o autor, "a concepção de Smend é precursoramente sistêmica e espiritualista: vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade". Com este método procura-se ajustar a Constituição às realidades sociais, considerando, portanto, os chamados fatores "extraconstitucionais", que a interpretação formalista (ou clássica) costumava denominar "metajurídicos".

[109] Deve-se destacar que o método concretista se inspira na obra de Viehweg. No estudo deste tema, a doutrina faz referência ao **método concretista de inspiração tópica** (denominação adotada por Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pg, 456), também conhecido por **método normativo-estruturante** (denominação adotada por J. J. Gomes Canotilho, "Curso de Direito Constitucional", pg. 221), que tem sido problematizado, principalmente, por F. Muller. Seus postulados básicos não se diferenciam em muito daqueles estabelecidos por Hesse e consistem: (i) na investigação das várias formas de realização do Direito Constitucional (legislativa, administrativa e jurisdicional), (ii) na resolução de problemas concretos, (iii) na estrutura da norma e do texto normativo, voltadas à concretização das normas tendo em vista os problemas concretos (iv) numa teoria hermenêutica da norma jurídica que diferencia a norma e o texto normativo.

[110] Konrad Hesse, "A Força Normativa da Constituição", pgs. 5 e 9. Hesse, em contraposição às reflexões desenvolvidas por Ferdinand Lassalle, no sentido de que as questões constitucionais não são jurídicas, e sim políticas, procurou demonstrar que a Constituição não deve ser considerada a parte mais fraca no embate entre ela e os fatores reais de Poder. Em sua célebre frase: "a Constituição não significa apenas um pedaço de papel". José Joaquim Gomes Canotilho, "Curso de Direito Constitucional", pg. 220. Segundo este método, o intérprete desempenha um papel criador na obtenção do sentido do texto constitucional, uma vez que ele é um mediador entre o texto e uma situação concreta. Mas, contrariamente ao método tópico (que admite o primado do problema perante a norma), dá primazia ao texto constitucional em face do problema.

[111] Konrad Hesse, "A Força Normativa da Constituição", pg. 440. O intérprete deverá, portanto, incluir os elementos de concretização no programa normativo e no âmbito normativo fornecidos pela própria Constituição. O programa normativo é o texto da norma a ser concretizada; o âmbito normativo, por sua vez, relaciona-se com os dados do problema concreto a ser solucionado. Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pgs. 51 e 52. Desta assertiva se depreende que a Constituição em sentido material não pode estar em contradição com a Constituição em sentido formal. Esta última se mostra como um limite infalível para a sua interpretação, sendo um pressuposto da função racional e restritiva do poder da Constituição. Conforme pondera Hesse, a "concretização" (e a "compreensão") da norma somente é possível em face de um problema concreto. Por isso, este método gravita ao redor de três elementos básicos: a norma que se vai concretizar, a compreensão prévia do intérprete e o problema concreto a resolver".

Cabe considerar, também, a importância da teoria dos princípios, nos moldes elaborados por Robert Alexy, e a técnica de ponderação para a solução de colisões de conflitos com base na máxima da proporcionalidade. Contudo, é procedente a advertência de Virgílio Afonso da Silva quanto à utilização da máxima da proporcionalidade "como se ela fosse uma espécie de varinha mágica; capaz de resolver problemas de colisão entre direitos, sem grandes considerações substanciais sobre os direitos envolvidos e, mais do que isso, sem grandes considerações substanciais sobre qual a concepção que o intérprete tem sobre o papel dos direitos fundamentais vigentes em um determinado sistema jurídico"[112].

A teoria da interpretação constitucional também se refere a um **catálogo de princípios[113] interpretativos**, que foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante e se tornou ponto de referência obrigatório para a moderna interpretação constitucional[114].

I.7.1. Os princípios da interpretação constitucional

O primeiro princípio a ser considerado é o da "**unidade da constituição**". Ele repele a análise de uma norma da constituição isoladamente de seu contexto

[112] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 108.
[113] Neste ponto, a expressão "princípios" é utilizada em seu sentido mais amplo, como diretrizes que orientam a operação interpretativa.
[114] Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pgs. 47, 48 e 232. Segundo Hesse, os princípios da interpretação constitucional têm a missão de "orientar", "relacionar" e "valorar" as considerações que levam à solução do problema.

geral ou sistêmico e principiológico, evitando, assim, contradições com outras normas constitucionais[115].

O seguinte é o "**princípio da concordância prática**". Em estreita correlação com o anterior, o seu principal campo de aplicação tem sido o dos direitos fundamentais. Nesta medida, informa que os bens jurídicos constitucionais devem ser protegidos e utilizados na solução do problema coordenadamente. Mesmo nos casos em que houver colisões entre determinados bens jurídicos constitucionais não será permitida a preponderância de um sobre o outro. Neste caso, o intérprete estabelecerá os limites de ambos os bens ou valores envolvidos, a fim de que ambos alcancem uma efetividade satisfatória[116].

Aqui também se insere o "**princípio da eficácia integradora**", que tem como premissa o fato de que a Constituição se propõe à criação e manutenção da unidade política, razão pela qual se dará preferência às soluções que promovam e mantenham esta unidade, atendendo, é claro, aos limites da interpretação constitucional[117].

Outro de extrema relevância é o "**princípio da força normativa da Constituição**", segundo o qual o intérprete deve sempre ter em mente que a Constituição almeja a sua atualização e que os condicionamentos históricos permanecem em constante mutação. Por esta razão, ao solucionar os problemas jurídico-constitucionais, o intérprete deve optar por aqueles critérios ou pontos de

---

[115] Konrad Hesse, "Escritos de Derecho Constitucional", pg. 48.
[116] Ibid., pgs. 48 e 49.
[117] Ibid., "Escritos de Derecho Constitucional", pg. 50.

vista que ajudem as normas da Constituição a obterem a máxima eficácia dentro das circunstâncias de cada caso concreto[118].

Cabe citar, ainda, o "**princípio da máxima efetividade**" (também designado "da eficiência" ou da "interpretação efetiva"), que concede às normas constitucionais o sentido de maior eficácia (jurídica e social)[119].

Apesar de ser um princípio aplicável a todas normas constitucionais, é invocado, preponderantemente, no âmbito dos direitos fundamentais, ou seja, quando o intérprete se deparar com duas ou mais hipóteses interpretativas deve optar por aquela que dê maior eficácia aos direitos fundamentais[120].

As questões discutidas até o presente momento tiveram o condão de demonstrar que, de fato, procedeu-se no campo do direito uma evolução teórica em favor da superação definitiva do positivismo jurídico, que culminou no "movimento pós-positivista". Neste novo contexto, deu-se um significativo passo para a efetivação das normas constitucionais, especialmente das *jusfundamentais*.

Por fim, cumpre considerar que a análise de uma Constituição depende essencialmente do conhecimento de sua teoria, isto é, de uma análise que leve em consideração "*o que ela é*", "*o que é importante para ela*", protegendo, assim, a "coerência do sistema", que não pode ser quebrada[121].

Sob esta perspectiva, cada Constituição adota (ou fornece) um parâmetro interpretativo que deve ser levado em conta ao se analisar quais direitos assumem

---

[118] Konrad Hesse, "Escritos de Derecho Constitucional", pgs., 50 e 51.
[119] J. J. Gomes Canotilho, "Curso de Direito Constitucional", pg. 233.
[120] Ibid., pg. 233.
[121] Anotações realizadas em sala de aula, no Curso da disciplina Direito Constitucional II da pós-graduação da PUC – SP, ministrado pela Profa. Dra. Maria Garcia.

o caráter de “fundamental” neste texto e quais são as melhores soluções para os problemas decorrentes de sua positivação. É o que se procura avaliar a seguir.

I.8. A fundamentalidade de um direito

Com este tópico pretende-se analisar quais são os critérios traçados pela Constituição Federal de 1988 para se determinar a fundamentalidade de um direito neste texto. Mas, antes, há que se pontuar algumas questões chaves para o desenvolvimento deste estudo:

(i) Os direitos fundamentais serão avaliados sob um enfoque *concreto*, notadamente no campo delimitado pela Constituição Federal de 1988[122],

(ii) Adota-se o entendimento de que a norma de direito fundamental assume a estrutura de uma regra ou de um princípio (encarado como um mandamento de otimização),

(iii) Não se faz qualquer vinculação “a priori” entre uma “norma-princípio” e a noção de fundamentalidade, pois um princípio pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, mas pode também não o ser; e o mesmo vale para as regras,

(iv) A idéia de “fundamentalidade” se submete aos liames traçados por uma determinada Constituição, no nosso caso, a de 1988, na medida em que o próprio texto fornece os critérios

[122] Como discutido no item I.2., quando se trata de analisar os direitos fundamentais, de plano, devemos esclarecer sob qual ponto de vista o termo está sendo considerado: se sob um enfoque abstrato, que assume um caráter geral e universalista e não se atém a uma determinada ordem jurídica, ou, se sob um enfoque concreto, que se circunscreve a um determinado texto constitucional.

normativos e interpretativos a serem levados em conta na análise de quais direitos assumem o caráter de fundamental em seu texto.

Em grande parte das Constituições ocidentais, a maioria dos direitos fundamentais aparece recepcionada em um catálogo desses direitos[123]. De maneira geral, a expressão "catálogo de direitos fundamentais" é utilizada para fazer referência aos Títulos, Seções e Capítulos das Constituições destinados à positivação dos direitos fundamentais, ou seja, é o espaço destinado pela autoridade competente, o Constituinte[124], para delinear, de forma explícita, quais direitos assumem o caráter de fundamental em um determinado texto. Consiste, portanto, em um critério formal de identificação de normas de direito fundamental.

Mesmo assim, em diversos sistemas, estes direitos não são tão somente aqueles catalogados como tais. A Lei Fundamental de Bonn, por exemplo, prevê alguns direitos fora do primeiro título, denominado "Dos direitos fundamentais" ("Die Grundrechte")[125], que podem ser qualificados de fundamentais[126]. Entretanto, o debate sobre direitos fundamentais no ordenamento alemão não se resume a tal constatação.

---

[123] Robert Alexy, "Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático", pgs. 67 e 68. Para o autor, este fato abre a possibilidade para a existência "de uma ciência dos direitos fundamentais transcendente às ordens jurídicas particulares, a qual é muito mais que uma mera comparação de direito". Para ele, o objetivo de uma ciência dos direitos fundamentais não significa, de modo algum, "a nivelação das ordens dos direitos fundamentais, pelo contrário, as diferenças lhe dão estímulos e tarefas. Seu intento vale, antes, à revelação das estruturas dogmáticas e ao destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência".

[124] O poder constituinte se divide em originário e derivado, mas neste último caso qualquer decisão deste porte em nosso ordenamento deverá se submeter às diretrizes do artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, que prevê os chamados limites matérias à reforma da Constituição, elevando os direitos fundamentais à ordem de cláusulas pétreas. Este, contudo, não é um entendimento pacífico.

[125] Fonte de Pesquisa: www.constitucion.es/otras_constituciones/. Data da Pesquisa: 24-07-04.

[126] Konrad Hesse, "Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha", pg. 225.

A Constituição alemã consagra, no referido catálogo, tão somente direitos de defesa ou as chamadas "liberdades públicas", que também se inserem na disposição contida no artigo 93, parágrafo 1, n. 4.a, da Constituição (recurso de inconstitucionalidade)[127]. Esta é a razão pela qual muitos autores a consideram, "a despeito da caracterização de "Estado Social e Democrático" contida no art. 20.1, uma Constituição de cunho liberal, cujos direitos fundamentais são, essencialmente, direitos de proteção dos indivíduos contra possíveis violações estatais"[128].

Partindo desta perspectiva, Robert Alexy lembra que "a discussão sobre direitos fundamentais [da Lei Fundamental de Bonn] é, em grande parte, uma polêmica acerca de quais normas estão adstritas [subordinadas] às normas de direito fundamental diretamente previstas", pois, com relação a estas últimas, basta uma referência ao texto da Constituição[129].

A Constituição Portuguesa também prevê um amplo catálogo de direitos fundamentais, ao qual é dedicada a Parte I de sua Carta. Mas este fragmento não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais, pois existem outros que estão dispersos ao longo do texto[130].

---

[127] "(...) CAPÍTULO IX - De la Jurisdicción ("Die Rechtsprechung") Artículo 92 (...)Artículo 93. 1. El tribunal Constitucional Federal decidirá: (...) 4.a) sobre reclamaciones de orden constitucional que podrán ser interpuestas por cualquiera mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales o en uno de los derechos especificados en los artículos 20, párrafo 4; 33, 38, 101, 103 y 104; (...)". Fonte de Pesquisa: www.constitucion.es/otras_constituciones/. Data da Pesquisa: 24-07-04.

[128] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 23.

[129] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pgs. 70 e 73.

[130] J. J. Gomes Canotilho, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", pgs. 374, 378, 380 e 381. A Constituição Portuguesa classifica os direitos fundamentais da seguinte forma: PARTE I - Direitos e deveres fundamentais, TÍTULO I - Princípios gerais, Título II – Direitos, Liberdades e Garantias: Capítulo I – Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais, Capítulo II – Direitos, Liberdades e Garantias de Participação Política, Capítulo III – Direitos, Liberdades e Garantias dos Trabalhadores, Título III –

Para Jorge Miranda, no entanto, a Constituição Portuguesa concede maior proteção aos direitos, liberdades e garantias frente aos direitos econômicos, sociais e culturais, mesmo sem deixar de considerar estes últimos como direitos fundamentais. Segundo o autor, o artigo 9º[131] traça esta diferença, na medida em que estabelece distintas incumbências ao Estado para com eles (na alínea b, ao cuidar dos primeiros, usa a expressão "garantir" e na alínea d, ao tratar dos segundos, emprega o termo "promover")[132].

Por sua vez, a Constituição Espanhola destina o "Título Primeiro" à regulamentação "Dos direitos e deveres fundamentais", e o divide em cinco capítulos. Em função das disposições contidas nos artigos 14 e 53, números 1, 2, 3 deste texto[133]**,** difundiu-se na doutrina e jurisprudência deste país a idéia de que

---

Direitos Econômicos, sociais e culturais: Capítulo I – Direitos e Deveres Econômicos, Capítulo II – Direitos e Deveres Sociais e Capítulo III – Direitos e Deveres Culturais.

[131] "Artigo 9.º (Tarefas fundamentais do Estado) - São tarefas fundamentais do Estado: a) Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, econômicas, sociais e culturais que a promovam; **b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático;** c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais; **d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;** e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território; f) Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa; g) Promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, designadamente, o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira; h) Promover a igualdade entre homens e mulheres". (G. N.)

[132] Jorge Miranda. "Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais", pgs. 134 e 135. Sobre a divisão sistemática traçada neste texto, o autor comenta ainda que os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores se destinam à "proteção diante do poder – tanto poder político como do poder econômico – que se reconduzem à razão de ser básica dos direitos, liberdades e garantias. De qualquer forma, a distribuição por sucessivos capítulos permite sempre evitar assimilações excessivas".

[133] Constitución y Tribunal Constitucional", pg. 63. "CAPÍTULO IV – De las garantías de las libertades y derechos fundamentales. 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

os direitos fundamentais são tão somente aqueles consagrados na Seção I, do Capítulo II, do Título I, cuja proteção está sujeita ao exercício direto do conhecido "Recurso de Amparo"[134].

Angela Figueruelo Burrieza destaca que o Alto Tribunal espanhol e uma parte dos estudiosos do tema, seguindo uma interpretação literal e restritiva do texto constitucional, defendem a existência de um primeiro grupo de direitos fundamentais e liberdades públicas, compreendidos nos artigos 15 ao 29, que formam um "núcleo duro" dos direitos fundamentais. Esta diretriz se baseia "unicamente em garantias adicionais", que o texto estabelece para os mesmos, a saber: "procedimento agravado de reforma (art. 81.1 da Constituição Espanhola), que pode ser impugnada em inconstitucionalidade ante o T.C. e uma garantia jurisdicional extraordinária específica para este grupo de direitos (mais os reconhecidos nos artigos 14 e 30.2 da CE), o recurso de amparo em suas duas vertentes, ordinária e constitucional (art. 53.2 da Constituição Espanhola)"[135].

Segundo a referida autora, o caráter fundamental de um direito não pode ser definido pelas garantias processuais, pois em um determinado ordenamento jurídico, nem todos os direitos fundamentais gozam da mesma proteção

---

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan la leyes que los desarrollen".

[134] Nesta direção, "Nestor Osuna Patiño, "Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales", pg. 26, lembra que "Alexy propõe como direitos fundamentais, no ordenamento alemão, os enunciados nas disposições da Lei Fundamental (tanto no titulo denominado 'direitos fundamentais' como em outros lugares da mesma), a respeito dos quais se admite o Verfassungsbeschwerde. Na jurisprudência e doutrina espanhola também se encontra difundida a idéia segundo a qual os direitos fundamentais são os consagrados na Constituição, sobre os quais se admite o Recurso de Amparo". Quanto à admissão do Recurso de Amparo no ordenamento jurídico espanhol, Manuel Carrasco Duran, "Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales", pg. 41, comenta: " (...) o processo especial de amparo anto o Tribunal Constitucional é o recurso de amparo regulado nos artigos 43 a 58 e Disposição Transitória 2 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, com base nas previsões contidas nos artigos 53.2 e 161.1. b) da Constituição".

[135] Angela Figueruelo Burrieza, "Los derechos fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones privadas", pg. 249

jurisdicional, o que pode induzir erroneamente à negação de sua fundamentalidade. A solução deste problema passaria, obviamente, pela revisão de tais garantias[136].

Na mesma direção, Nestor Osuna Patiño comenta que "certamente os privilégios jurisdicionais de que gozam os direitos fundamentais têm gerado confusão quanto ao catálogo e conteúdo dos mesmos. Porém, não deve se perder de vista que a via processual, através da qual se pode fazer valer um direito, não pode ser nunca definidora do mesmo"[137].

O objetivo destas considerações foi demonstrar que, sob um enfoque concreto, a idéia de fundamentalidade de um direito se submete aos parâmetros traçados por um determinado texto constitucional.

Neste momento, passaremos a enfocar o padrão delineado pela Constituição brasileira de 1988 quanto a esta questão, que, como se sabe, consagra em seu catálogo, além dos direitos civis e políticos, outros direitos de natureza econômica, social e cultural[138].

O seu Título II - "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" - foi dividido em cinco Capítulos: Capítulo I - "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" (art. 5º, incisos LXXVIII, § 1º, 2º, 3º e 4º)[139], Capítulo II - "Dos Direitos Sociais"

---

[136] Angela Figueruelo Burrieza, "Los derechos fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones privadas", pg. 248.

[137] Nestor Osuna Patiño, "Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales", pgs. 26 e 27.

[138] Como visto, estas Constituições catalogaram de forma explícita tão somente os direitos fundamentais chamados de "clássicos". Esta expressão foi cunhada na doutrina para nomear os direitos de natureza civil e política, também considerados "direitos de defesa", ou "liberdades públicas".

[139] Constituição da República Federativa do Brasil (...) Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º 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. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas

(arts. 6º a 11), Capítulo III - "Da Nacionalidade" (arts. 12 e 13), Capítulo V - "Dos Partidos Políticos" (artigos 14 a 17), o que nos autoriza considerá-lo um critério formal de identificação de normas de direito fundamental.

Por este motivo, afirma-se que "o sistema jurídico brasileiro tem uma Constituição mais abrangente do que a Constituição alemã [e aqui podemos inserir as Constituições portuguesa e espanhola], especialmente no seu catálogo de direitos fundamentais"[140].

Mas a Constituição brasileira de 1988 também prevê, no artigo 5º, § 2º que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)", o que significa dizer que outros direitos que não estão previstos no Título II podem assumir o caráter de fundamental[141].

Nesta medida, está claro que, apesar da Constituição de 1988 dedicar o Título II à regulamentação dos "*Direitos e Garantias Fundamentais*", a enumeração destes direitos não é fechada, limitativa ou exaustiva. Além disso, o

---

constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

[140] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 39.

[141] Juliana Maia (org.), "Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo", pgs. 118 e 119, explica que tendo em vista a enumeração constitucional não-exaustiva dos direitos fundamentais, no âmbito doutrinário há quem sugira os seguintes conceitos: a) direitos fundamentais formalmente constitucionais – são aqueles expressamente previstos na Constituição, em qualquer dispositivo de seu texto, b) direitos fundamentais materialmente constitucionais – são aqueles que não estão previstos no texto da Constituição Federal de 1988, mas sim em outras normas jurídicas. Esses direitos fundamentais materialmente constitucionais não possuem hierarquia constitucional, exceto se previstos em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do art. 5º, §3º da Constituição Federal, c) direitos fundamentais catalogados – são aqueles enumerados no catálogo próprio dos direitos fundamentais, no Título II da Constituição Federal (arts. 5º ao 17), d) direitos fundamentais fora do catálogo – são aqueles previstos fora do catálogo dos direitos fundamentais, em outros artigos da Constituição. Por exemplo: o direito ao meio ambiente, previsto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

texto sob análise não estabelece um critério processual de definição dos direitos fundamentais nele consagrados[142].

Estas observações, ainda que extremamente importantes, não esgotam a pergunta sobre quais direitos assumem no texto constitucional de 1988 o caráter de fundamental, pois no âmbito doutrinário encontramos consideráveis divergências quanto a este tema. Para respondê-la, devemos buscar critérios seguros que afiancem tal identificação.

Com base em um critério formal, há quem entenda que todos os direitos previstos no Título II (artigos 5º ao 17) possuem o caráter de fundamental, além de outros que se encontram dispostos ao longo do texto, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente sadio[143].

---

[142] Mesmo assim, há quem negue a fundamentalidade dos direitos econômicos sociais e culturais e, conseqüentemente, não lhes estendam determinadas garantias processuais ali previstas. Para esta linha doutrinária, estes direitos não são considerados direitos fundamentais, mas tão somente aqueles de cunho liberal, também conhecidos como "liberdades públicas". E isto, conseqüentemente, faz com que o regime de proteção impresso a estes últimos não seja estendido aos primeiros. Nesta direção, Ricardo Lobo Torres, "Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário", pgs. 179 e 195, na medida em que vincula o conceito de direito fundamental ao *status libertatus negativo* e *positivo*, entende que o mandado de injunção não constitui um instrumento idôneo para a defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas tão somente dos direitos de primeira dimensão. Sob esta perspectiva, reconhece tão somente como um direito fundamental o direito a um mínimo existencial por se tratar de um direito vinculado ao status *libertatus positivo*).

[143] Nesta direção, José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", pg. 178, ao cuidar dos "direitos e garantias expressos na Constituição" afirma que a cláusula do o §2º, do artigo 5º, "não abrange apenas os direitos e garantias individuais, mas qualquer espécie de direitos e garantias fundamentais, especialmente aqueles configurados no Título II da Constituição: direitos individuais, sociais, de nacionalidade e políticos e respectivas garantias. Contudo, esses direitos e garantias se desdobram em outros tópicos da Constituição, fora desse Título II (...)". Alexandre de Moraes. "Direitos Humanos Fundamentais", pg. 43, manifesta-se no sentido de que "a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais (...)". Pinto Ferreira. "Comentários à Constituição Brasileira, 1º Volume – arts. 1º a 21", pgs. 24, 223, também destaca que "a nova lei fundamental tem nove títulos, dos quais os dois primeiros enunciam os princípios e os direitos e garantias fundamentais". Os direitos sociais são "normas constitucionais, que se efetivam como dimensões específicas dos direitos fundamentais do homem, refletindo prestações positivas do Estado e permitindo condições de vida mais humanas à classe trabalhadora". O autor complementa em seu "Curso de Direito Constitucional", pg. 156, que "a nova Constituição Federal brasileira de 1988 ampliou profundamente, tanto em extensão como em importância, os direitos do trabalhador. Eles foram, sobretudo enunciados no Capítulo II, intitulado "Dos Direitos Sociais", do Título II, que trata dos "Direitos e Garantias Fundamentais", no art. 7º, que estatui os fundamentos do direito do trabalho".

Em sentido contrário, para outros autores que se vinculam essencialmente à noção "clássica" dos direitos fundamentais, nem todos os direitos constantes do título II possuem o caráter de fundamental, mas tão somente os elencados no artigo 5º, além de alguns poucos previstos ao longo da Constituição[144].

Contudo, antes de nos posicionarmos acerca destes entendimentos nos reportaremos aos comentários de Martin Borowski, que aponta três possíveis conceitos (ou três possíveis critérios para se conceituar) de **direito fundamental**[145].

O primeiro conceito possível de direito fundamental é o conceito formal, o qual, como o próprio nome indica, vale-se de um critério formal para delimitar a categoria dos direitos fundamentais. Este critério pode se materializar na inscrição de uma norma em um determinado catálogo, mas "esta variante do conceito formal pode não ser um conceito satisfatório, porque existem alguns direitos fundamentais que estão previstos fora do catálogo de direitos fundamentais da Constituição"[146].

---

[144] Ricardo Lobo Torres, "Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário", pgs. 179. Cabe apontar aqui uma dúvida quanto ao pensamento de Pinto Ferreira, "Comentários à Constituição Brasileira, 1º Volume – arts. 1º a 21", pgs. 59 e 60, afasta-se da direção exposta acima, afirmando que "a ordem constitucional brasileira assegura a inviolabilidade de cinco direitos fundamentais: a) direito à vida; b) direito à liberdade; c) direito à igualdade; d) direito à segurança; e) direito à propriedade. (...) Os direitos fundamentais assegurados nas constituições formam as chamadas liberdades públicas, que limitam o poder dos entes estatais. São elas: a) as liberdades clássicas ou civis; b) a liberdade política ou liberdade-participação; c) as liberdades concretas, bipartindo-se em liberdades econômicas e sociais".
Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Curso de Direito Constitucional" (1990), pg. 254, parece filiar-se a esta corrente quando afirma que "a atual Constituição brasileira, como as anteriores, ao enumerar os direitos fundamentais, não pretende ser exaustiva ao estabelecer os setenta e sete incisos do art. 5º. De fato, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros "decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)". Celso Ribeiro Bastos; Ives Gandra Martins, "Comentários à Constituição do Brasil, 2º Volume - Arts. 5º a 17", pg. 395, afirmam que "se já era difícil apontar quais seriam esses direitos sob o Texto anterior, essa tarefa se torna muito mais árdua na vigência do atual, que incluiu um longuíssimo rol de direitos fundamentais (...) e que tem, como se vê, o n. LXXVII".
[145] Martin Borowski, "La estructura de los derechos fundamentales", pgs. 33 a 37.
[146] Martin Borowski, "La estructura de los derechos fundamentales", pgs. 34 e 35.

Uma outra variante do critério formal é via processual, que se baseia nas garantias processuais impressas a determinados direitos pela Constituição. Contudo, quando encarada de forma isolada, esta via também não parece ser um critério satisfatório de conceituação.

Sob tal perspectiva, "os conceitos formais de direito fundamental certamente podem ser úteis para o trabalho prático porém em caso de dúvida resulta imprescindível acudir a um conceito material". Este, por sua vez, concentra-se no fato de que os direitos fundamentais procuram transformar direitos humanos em direito positivo[147].

Por último, o autor trabalha o conceito procedimental que, sem se afastar dos critérios formal e material, refere-se "a quem pode decidir sobre o conteúdo dos direitos: o constituinte ou o legislador ordinário"[148].

Nesta ordem de idéias, Alexy entende que as disposições de direito fundamental são identificadas, "a priori", através de critérios formais que levam em consideração a forma de positivação. Mesmo assim, o autor não exclui a possibilidade de existirem normas de direito fundamental adstritas àquelas diretamente previstas[149].

O estudo destes critérios nos leva a filiarmos ao setor doutrinário, que reconhece que a fundamentação mais adequada a ser dada aos direitos

---

[147] Martin Borowski, "La estructura de los derechos fundamentales", pgs. 35 e 36. Neste sentido, os conceitos materiais de direitos fundamentais pressupõem dois tipos de relações entre estes direitos: uma definitiva e a outra mais fraca. É Esta última é preferível, porque possui uma natureza intencional, o que leva à conclusão de que direitos fundamentais são aqueles que foram admitidos na Constituição com a intenção de outorgar caráter positivo aos direitos humanos.

[148] Ibid., pgs. 36 e 37.

[149] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pg. 73. Quando o autor faz referência à adoção de um critério formal, sob a perspectiva da Lei Fundamental de Bonn, ele insere tanto o catálogo como as garantias processuais impressas a estes direitos. Estas diretrizes podem ser perfeitamente adaptadas à Constituição de 1988, em função do Título II e dos dizeres do § 2o, do artigo 5º.

fundamentais é aquela que os vincula a um critério formal, na medida em que este corresponde à forma de positivação adotada no texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado neste mesmo sentido. Como, por exemplo, no julgamento de medida cautelar de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF-MC 33 / PA - PARÁ) que reconheceu a afronta "ao direito social fundamental ao salário mínimo digno (arts. 7º, inciso IV, 1º e 18 da Constituição)"[150].

Nesta medida, podemos concluir que a análise da fundamentalidade de um direito na Constituição Federal de 1988, "a priori", deve se pautar no critério formal adotado no próprio texto, ou seja, ao catálogo previsto no citado Título II, independentemente de sua natureza (civil e política ou econômica, social e cultural) [151].

Contudo, quando se trata de investigar sobre se outros direitos não previstos no título II da Constituição, mas que estejam dispersos ao longo do texto e sejam decorrentes do regime e princípios por ela adotados"[152], devemos

---

[150] Fonte de Pesquisa: www.stf.gov.br . Data da Pesquisa: 02.03.06.

[151] No mesmo sentido, Nestor Osuna Patiño, "Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales", pgs. 24 e 25, comenta: "O ordenamento jurídico possui categorias formais que permitem responder, desde a ótica própria da ciência jurídica, à questão de quais são os direitos fundamentais vigentes. Trata-se de uma análise que se omite dos elementos ideológicos que impregnam as teorias materiais e que centra seu ponto de atenção exclusivamente nos elementos formais do sistema jurídico, em especial, na forma de positivação dos direitos fundamentais".

[152] Aqui não nos referimos às discussões que envolvem a recepção das normas de direitos humanos no ordenamento interno, autorizada pela mesma norma, o § 2º, do artigo 5º, quando finaliza dizendo "ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Agora complementada pelo § 3º também deste artigo (§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais). Este debate será realizado em um outro momento, mas tão somente quanto às normas de direitos econômicos, sociais e culturais.

levar em conta os conceitos materiais e procedimentais de direitos fundamentais citados acima[153].

Todavia, o operador do direito deve estar consciente de que o regime jurídico dos direitos fundamentais assume um caráter excepcional e, por esta razão, ao se propor uma ampliação indiscriminada destes direitos, estarão se ampliando as exceções[154].

Estas observações nos conduzem à análise de um outro ponto importante, que se submete à sistemática adotada pela Constituição Federal de 1988 com relação aos direitos fundamentais.Trata-se da **eficácia jurídica** das normas de direito fundamental.[155]

Apesar de todas as normas constitucionais serem dotadas de eficácia jurídica, aqui considerada como a "qualidade da norma em produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos"[156], no contexto brasileiro existem inúmeras classificações que procuram dosar a "carga de eficácia" destas normas[157].

---

[153] De uma forma ideal, o critério formal de fundamentabilidade da norma adotado em um determinado texto constitucional deveria atender o critério material (que se concentra no fato de que os direitos fundamentais procuram transformar direitos humanos em direito positivo). Quanto a esta discussão, Robert Alexy, "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional", pg. 61, ao analisar a sistemática traçada pela Constituição Federal de 1988, comenta que o direito garantido no artigo 7º, inciso VIII, a um 13º salário, não pode ser considerado um direito do homem, mas, mesmo assim, adotando-se um critério formal, pode-se considerar que ele foi elevado à categoria de fundamental no presente texto.

[154] Lorenzo Martín-Retortillo Baquer; Ignacio de Otto y Pardo, "Derechos fundamentales y Constitución", pg. 68.

[155] Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Jr., "Curso de Direito Constitucional", pg. 18. Os autores lembram que, "a norma possui duas espécies de eficácia. A eficácia social, também denominada efetividade, que designa o fenômeno da concreta observância da norma no meio social que pretende regular, e a eficácia jurídica, que no dizer de José Afonso da Silva ("Aplicabilidade das normas constitucionais, pg. 66), 'designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita (...). O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final.'"

[156] Luís Roberto Barroso, "O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira", pgs. 81 e 83. Segundo o autor: "Os atos normativos de qualquer grau hierárquico comportam análise científica em três planos distintos e inconfundíveis: o da existência, o da validade e o da eficácia". (...) Se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto

Não adentraremos em tal discussão, pois, como mencionado, o objetivo é analisar tão somente a eficácia da norma de direito fundamental, tendo em vista a sua estrutura diferenciada em relação às demais normas constitucionais.

Neste ínterim, ganha destaque o preceito esculpido no §1º do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual "as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Sob esta perspectiva, afirma-se que "todos os direitos e garantias fundamentais têm seus efeitos jurídicos maximizados pelo princípio da aplicabilidade imediata"[158].

---

suficientes à incidência da lei, o ato será existente. Se, além disto, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude-possibilidade, o ato, já que existe, será também válido".

[157] Luís Roberto Barroso, "O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira", pgs. 78 e 79. Esta divergência encontra precedentes, sobretudo, na doutrina italiana, que distinguia as normas constitucionais em preceptivas e diretivas, sendo estas consideradas como meras indicações ao legislador. Na doutrina pátria existem diversas classificações sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, dentre as quais a mais citada pela doutrina é a de José Afonso da Silva, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", pg. 87 (ver nota de rodapé N. 68), que apresenta a seguinte divisão: "Normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade – (1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; (2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; (3) normas de eficácia limitada: (a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos, (b) declaratórias de princípio programático". Devemos fazer menção, ainda, às classificações elaboradas por Celso Antônio Bandeira de Mello, Celso Ribeiro Bastos, Carlos Ayres Britto, Maria Helena Diniz e Meirelles Teixeira. Já Luís Roberto Barroso desenvolve uma classificação das normas constitucionais que se centra na efetivação dos direitos fundamentais. Neste sentido, ver Alessandra Passos Gotti, "A Eficácia e Acionabilidade dos Direitos Sociais: uma análise à luz da Constituição de 1988", Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Católica de São Paulo em 2003, pg. 151, que realiza uma ampla abordagem sobre as classificações elaboradas por estes autores. Entretanto, Willis Santiago Guerra Filho, "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais", pgs. 63 e 64. adverte que as classificações apresentadas pela doutrina pátria sobre as 'cargas de eficácia' das normas constitucionais, "em que pesem a variação terminológica, costumam ser construídas a partir de um padrão importado da doutrina italiana – onde, aliás, não é mais encontradiço, nas exposições recentes do direito público peninsular -, em que se teria uma gradação dessa eficácia desde um máximo, quando as normas constitucionais apresentariam 'eficácia plena', até um mínimo, registrado nas chamadas 'normas programáticas'".

[158] Ingo Wolfgang Sarlet, "A Eficácia dos direitos fundamentais", pg. 248. Conclui Sarlet: "De modo que submetida uma situação concreta à análise do Poder Judiciário, este está investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-se sua plena eficácia, com a conseqüente concretização do direito". José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", pg. 177, ", ao escrever sobre o § 1º, do artigo 5º faz um importante comentário: "a norma ora em comentário teria um sentido muito diferente se o STF não fosse uma instituição que examina as normas constitucionais com visão privatista. Não que ele tenha dado à norma em causa uma direção especial – pois, ao que parece, ele sequer já teve isto em mente nas interpretações que faz da Constituição. Mas o fato de ter ele anulado, praticamente, o mandado de injunção refletiu também na intencionalidade da norma ora em consideração. De fato, o mandado de injunção, na forma lapidarmente prevista no inciso LXXI deste mesmo artigo 5º, seria o instrumento da eficácia do disposto no §1º, em exame, porque aquele instrumento, correlacionado com este mandamento, na sua expressão autêntica, formaria o contexto que tornaria todas as normas constitucionais aplicáveis diretamente (...)".

Esta diretriz deve ser associada à teoria dos princípios (elaborada por Robert Alexy), quando assinala a diferença estrutural das disposições *jusfundamentais* em "normas-regras" e "normas-princípios". Como veremos mais adiante, estas duas perspectivas podem conduzir a um caminho seguro para a efetivação dos direitos fundamentais no cenário brasileiro, notadamente os de natureza econômica, social e cultural[159].

Ainda assim, há quem sustente que, embora a regra seja a eficácia e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, §1º), alguns desses direitos consubstanciam normas de eficácia limitada, na medida em que se mostram dependentes de regulamentação por lei[160].

Contudo, devemos considerar, como o faz Martin Borowski, que os direitos fundamentais, quer seja quando assumam a forma de uma regra ou de um princípio, "não devem ser confundidos com enunciados programáticos no sentido da Constituição de Weimar, ou seja, com normas não vinculantes"[161].

---

[159] Quando tratarmos dos efeitos verticais e horizontais dos direitos fundamentais, veremos que a estas variantes se juntarão mais uma – a aplicação, ainda que de forma diferenciada, de um direito fundamental (seja com a estrutura de uma regra ou de um princípio) na relação entre o Estado e seus cidadãos e na relação entre particulares. Na relação 'Estado-cidadão', exige-se a sua aplicação imediata. Mesmo quando a norma de direito fundamental se materialize em um princípio, ou seja, em um mandamento de otimização, ela impõe a sua efetivação dentro das possibilidades fáticas e juridicamente possíveis daquele caso concreto, conforme já estudado no item I.6. Na relação 'entre particulares', a aplicação somente poderá ser imediata quando não houver disposição mediadora ou, se houver, ela não for satisfatória para a solução daquele caso concreto (esta é a proposta do modelo conciliador dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares elaborado por Virgílio Afonso da Silva, já estudado no Item I.9.2.3).

[160] Juliana Maia (org.), "Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo", pg. 116. Cita, como exemplo, os incisos XX e XXVII do art. 7º da Constituição. Ver "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; (...)XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; (...)".

[161] Martín Borowski, "La estructura de los derechos fundamentales", pgs. 61 e 62.
Para Fabio Konder Comparato, "O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", In Eros Roberto Grau; Sérgio Sérvulo da Cunha (org), "Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva", pg. 252, não é necessário torturar o texto do §1º do artigo 5º a fim de se dizer que "a eficácia imediata nele mencionada é exclusiva dos direitos declarados no caput do artigo, ou então que, não obstante aplicável aos direitos sociais do art. 6º, aquela norma tem, em relação a esses últimos, uma aplicação contida ou limitada". Ver Alessandra Passos Gotti, "A Eficácia e

Feitas estas considerações acerca de quais direitos assumem o caráter de fundamental na Constituição brasileira de 1988 e a sua deferência à aplicabilidade imediata, neste passo, cabe averiguar os efeitos decorrentes desta declaração. Isto significa inquirir sobre a extensão em que os direitos fundamentais são sentidos, cujo tema recebe a denominação: "os efeitos" (ou a eficácia)[162] verticais e horizontais dos direitos fundamentais[163].

De todas as formas, vale a pena lembrar que esta análise se conecta a outra de maior dimensão - a chamada "constitucionalização do direito", que investiga

---

Acionabilidade dos Direitos Sociais: uma análise à luz da Constituição de 1988", Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Católica de São Paulo em 2003, pg. 169: "Não há como sustentar, diante da hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais, em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de Direito, que o princípio da aplicabilidade imediata aplica-se, restritivamente, aos incisos (e caput) do artigo 5º da Carta de 1988". Ver também Willis Santiago Guerra Filho, "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais", pg. 66. O autor faz menção a Canotilho quando destaca que "não há normas constitucionais programáticas', no sentido em que delas se fala tradicionalmente na doutrina". Pablo Lucas Verdú (Compilador), Prontuario de Derecho Constitucional", pg. 347, tendo como referência o ordenamento jurídico espanhol, afirma que "os princípios diretores da política social e econômica não devem ser concebidos como normas programáticas, cuja aplicação se adia mais ou menos indefinidamente".

[162] A denominação mais utilizada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência é "eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais". Diferentemente, Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 54, 55 e 56, fala em "efeitos horizontais e verticais dos direitos fundamentais". Ele explica que para evitar mal entendidos, que levam a conclusões sem solidez conceitual, é preciso distinguir entre o que vem a ser a "eficácia das normas de direitos fundamentais, seus efeitos e sua aplicabilidade", pois não se tratam de termos sinônimos. Em primeiro lugar, apesar de se afirmar que eficácia jurídica (vista como a qualidade / aptidão / para produzir efeitos) e aplicabilidade constituem fenômenos conexos, não há uma relação de pressuposição entre ambos os conceitos. Isso porque, "ainda que não possa haver aplicabilidade de uma norma não dotada de eficácia jurídica, é perfeitamente possível que uma norma dotada de eficácia não tenha aplicabilidade. Em segundo, "não se pode confundir a aptidão para produzir efeitos (i.e., a eficácia) com os próprios efeitos, especialmente com a forma como esses efeitos se irradiam e em que tipo de relação isso ocorre. Assim, é perfeitamente possível que uma norma eficaz, porque apta a produzir efeitos, não produza efeito nenhum em certos tipos de relação. Nesse sentido, 'não produzir efeitos em determinadas relações' em nada altera a sua eficácia". Estas distinções se mostram claras quando nos concentramos nos argumentos utilizados para negar quaisquer efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesses casos, "se se parte do pressuposto de que eficácia, âmbito de produção de efeitos e aplicabilidade são sinônimos, seria necessário negar que as normas de direitos fundamentais têm eficácia, ao menos nessas situações. Essa é uma solução que soa forçada, pois não me parece possível matizar a eficácia das normas jurídicas, condicionando-a à ligação com um caso ou um grupo de casos concretos".

a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito[164].

I.9. Os efeitos verticais e horizontais dos direitos fundamentais

Quando se trata de analisar os efeitos verticais e horizontais dos direitos fundamentais está se discutindo, no primeiro caso, sobre os efeitos destes direitos nas relações que envolvem o Estado e seus cidadãos e, no segundo, sobre os efeitos destes direitos nas relações entre particulares[165].

I.9.1. Os efeitos verticais dos direitos fundamentais

Ainda que com certas relativizações[166], sob uma perspectiva histórica e funcional, afirma-se que originariamente os efeitos dos direitos fundamentais foram sentidos tão somente na relação entre o Estado e os cidadãos. Nesta

---

[164] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 39. O autor faz menção a um trabalho recente, desenvolvido Gunnar Folke e Christian Bumke, que se dedica exclusivamente à análise da "constitucionalização do ordenamento jurídico" e identificam cinco formas principais desse processo: "(1) reforma legislativa; (2) desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias ; (3) mudança de paradigma nos demais ramos do direito; (4) irradiação do direito constitucional – efeitos nas relações privadas e deveres de proteção; (5) irradiação do direito constitucional – constitucionalização do direito por meio da jurisdição ordinária". Explica, ainda, que nem todas elas podem ser simplesmente importadas para o sistema jurídico brasileiro.

[165] Para se fazer menção às relações que não sejam entre o Estado e seus cidadãos, encontramos na doutrina as expressões "relações interindividuais", "relações entre particulares", "relações interprivados". Neste trabalho, faremos uso daquelas com maior "amplitude", ou seja, que abarcam em seu contexto os diversos tipos de interesses que as relações que não envolvam o Estado podem compreender: "as relações entre particulares" ou relações inter privados". Nesta direção, vide Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 54.

[166] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 18 e 137. O referido autor demonstra o porquê deste entendimento ser encarado com certas relativizações, quando volta o debate para os primeiros movimentos que culminaram com as declarações de direitos fundamentais, especialmente a Revolução Francesa e o movimento pela independência das colônias britânicas na América do Norte. Nestes documentos, a palavra-chave é o direito à segurança, que expressa a idéia de que as violações a direitos fundamentais não partem somente do Estado, mas também dos outros cidadãos.

diretriz, um segmento da doutrina, e até mesmo da jurisprudência, rejeita a incidência de quaisquer efeitos dos direitos fundamentais fora desta relação[167].

Na defesa desta tese, em geral, os autores se baseiam em argumentos históricos e funcionais que vinculam os direitos fundamentais às suas "funções clássicas"[168]. Existem outros argumentos, como, por exemplo, aqueles que procuram "desmistificar a posição hierarquicamente inferior do direito privado em relação à Constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais". Há quem identifique também uma "confusão metodológica" nas análises que defendem os efeitos horizontais dos direitos fundamentais[169].

Verifica-se, ainda, uma outra postura, que apesar de negar a possibilidade de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, acaba "imputando a responsabilidade das ações dos particulares ao Estado ou equiparando os atos privados aos atos estatais"[170].

Esta, sem dúvida, é a base teórica da conhecida doutrina norte-americana da "*State Action*", aplicada pela Corte Suprema deste país. Com base nesta doutrina, a referida Corte, ao mesmo tempo em que se mantém fiel à concepção

---

[167] Com base neste entendimento, ainda hoje, diversos autores negam a fundamentalidade de outros direitos, que não aqueles vinculados à sua função "clássica" (proteger os indivíduos contra violações por parte do Estado). Esta tese acabou sendo recepcionada em muitos países. Para um estudo mais detalhado desta doutrina vide a obra referida na nota de rodapé acima, pgs. 135, 136 e 137.

[168] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 71. Segundo o autor, Este movimento se materializa em um "não-modelo", na medida em que recusa qualquer sistematização quanto à produção de efeitos dos direitos fundamentais na relação entre particulares. Assim, radicalizando e absolutizando os argumentos históricos e funcionais, sustenta-se "que direitos fundamentais são, única e exclusivamente, direitos dos cidadãos contra o Estado".

[169] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 71 a 73; 74 e 75. Ao expor sobre estes argumentos, o autor, trabalha especialmente as obras de Uwe Diederichsen, "Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht" e Suzzette Sandoz, "Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion".

[170] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 100.

liberal de direitos fundamentais, negando qualquer vinculação dos direitos fundamentais às entidades não-estatais, sempre encontra uma forma de igualar o ato privado a um ato estatal para coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas[171].

Segundo Virgílio Afonso da Silva, isto nada mais é do que um artifício para se atender aos anseios práticos que envolvem a questão. Assim, para o autor, "ainda que se insista que, nos Estados Unidos, os direitos fundamentais somente vinculem as autoridades estatais, a prática jurisprudencial tem mostrado uma realidade encoberta: a de que os direitos fundamentais vinculam, de alguma forma, os indivíduos nas suas relações entre si"[172].

Com estas observações, procurou-se indicar que ainda hoje há quem encare a relação entre o Estado e os seus cidadãos como o campo de excelência dos direitos fundamentais. Mas, com o passar do tempo, verificou-se que esta perspectiva era insatisfatória para solucionar os problemas que surgiam no plano fático, sobretudo nos países democráticos, nos quais nem sempre o Estado tem se

---

[171] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 100 e 101. Para ilustrar o que chama de "artificialidade" da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana na tentativa de tornar um ato privado em um ato estatal, o autor cita o caso paradigma Shelley v. Kramer, julgado por esta Corte, citado em praticamente todos os estudos que tratam dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais, ou seja, de seus efeitos nas relações entre privados. Neste caso, os proprietários de imóveis de um determinado condomínio haviam se comprometido, via contrato, a não vender os imóveis a indivíduos não-brancos. Mas um deles resolve vender a um comprador negro, quando os demais ajuizaram uma contra ele pedindo a nulidade da venda. A ação foi considerada procedente na jurisdição inferior e chegou até a Suprema Corte que decidiu pela nulidade da cláusula contratual e pela validade da venda, mas tal nulidade não decorria de uma violação da Emenda XIV (igualdade de direitos) por parte dos particulares, mas da ação estatal que julgou procedente a ação em primeiro grau e, portanto, foi favorável à discriminação.

[172] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 102 e 103. O autor destaca que "é possível perceber que alguns aspectos da jurisprudência sobre mandado de segurança e habeas corpus, no Brasil, guardam grande semelhança com a doutrina norte-americana da *state action*". Principalmente, nos casos em que se aceita a equiparação de alguns agentes privados à categoria de público, como, por exemplo, os diretores de escolas particulares e os hospitais, que negam a liberação do paciente por falta de pagamento.

mostrado como a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de poder econômico ou social[173].

Esta discussão surge no contexto alemão através da conhecida "*drittwirkung der grundrechte*" (eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais) e se expande para os demais países, notadamente aqueles pertencentes ao círculo romano germânico[174].

Sob esta perspectiva, os direitos fundamentais são encarados como um escudo de proteção contra o Estado e também contra os demais particulares. Mesmo assim, aqueles que se dedicam ao estudo do tema alertam sobre a impossibilidade de simplesmente se transportar a racionalidade e a forma de aplicação[175] dos direitos fundamentais da relação Estado-cidadão para a relação entre particulares[176].

Quanto à racionalidade, Virgílio Afonso da Silva lembra que na relação Estado-cidadão apenas o cidadão é titular de direitos, pois o Estado somente pode ser destinatário de direitos fundamentais (sujeito passivo), enquanto que em qualquer relação entre particulares as duas partes envolvidas são titulares de direitos[177].

---

[173] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 18, 52 e 53. O autor lembra que certos particulares possuem "tal poder de decisão nas suas relações com os indivíduos que qualquer relação jurídica entre ambos, apesar de se fundar aparentemente na autonomia da vontade, é, na verdade, uma relação de dominação, que ameaça, tanto quanto a atividade estatal, os direitos fundamentais dos particulares".

[174] Isto não significa que o tema não seja discutido nos países, cujos sistemas jurídicos encontram bases no modelo anglo-saxão, mas que ali ele se mostra com contornos distintos.

[175] A forma de aplicação será abordada nos itens posteriores, pois apresenta correlação com os tipos de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

[176] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 18.

[177] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 20 pg. 51, 53 e 131).

Um outro fator a ser destacado é que a doutrina constitucionalista clássica continua apontando como principais características dos direitos fundamentais: a *historicidade*, a *universalidade*, a *limitabilidade*, a *concorrência* e a *irrenunciabilidade*[178]. É verdade que na relação entre Estado e cidadão estas características são imprescindíveis para a efetiva proteção da lesão de direito fundamental. Mas em uma relação entre particulares, "não são poucos os atos, contratuais ou não, que implicam uma renúncia, ainda que temporária, ao exercício de alguns direitos fundamentais. Os exemplos mais marcantes e atuais são os chamados "reality shows" das emissoras de TV brasileiras e estrangeiras"[179].

De tal modo, as necessidades fáticas vêm impondo a superação desta perspectiva, na medida em que os inúmeros problemas que envolvem os direitos fundamentais nas relações entre particulares não podem ficar sem soluções.

Por esta razão, nas próximas páginas centraremos nossas atenções nos "efeitos horizontais dos direitos fundamentais", tendo em vista que eles suscitam inúmeras divergências que precisam ser pontuadas.

---

[178] Neste sentido, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Jr ., "Curso de Direito Constitucional", pgs. 80 a 83. Alexandre de Moraes, "Direitos Humanos Fundamentais", pg. 41, diferenciando-se na nomenclatura, aponta as seguintes características: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência, complementariedade.

[179] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 51, 53 e 131. Aqui poderíamos pensar, ainda, quanto à negociabilidade que envolve diversos direitos sociais-trabalhistas, previstos na Constituição Federal de 1988.

I.9.2. O efeitos horizontais dos direitos fundamentais

De modo geral, o estudo dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares surge e se expande no seio da doutrina e da jurisprudência alemãs, em função da estrutura normativa traçada pela Lei Fundamental. Como se viu, este texto prevê em seu catálogo (Título I) apenas direitos fundamentais de cunho liberal, e o artigo 1.3 vincula expressamente aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sem fazer qualquer menção aos particulares[180].

A discussão ultrapassou o contexto alemão e se expandiu para diversos países[181]. Diante disso, há quem afirme que este tema "é seguramente uma das questões singulares que mais atenção tem recebido na análise das relações do Direito Constitucional com o Direito Privado. Apesar de tudo, a questão dista muito de ter obtido uma clareza definitiva"[182].

Em vários países, tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é aceita sem grandes

---

[180] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 24 e 25. É claro que a concepção, ali difundida, de que os direitos fundamentais são tão somente os direitos de defesa, cujos efeitos se produzem na relação entre o Estado e os cidadãos também contribui para a negativa dos efeitos destes direitos na relação entre particulares. Estas diretrizes exigiram um significativo esforço teórico para se atender aos anseios fáticos e jurídicos de proteção aos direitos fundamentais nas relações entre particulares.
"LEY FUNDAMENTAL PARA LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA, de 23 de MAYO de 1949. (...) 1.3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable". Fonte de Pesquisa: www.constitucion.es/otras_constituciones/. Data da Pesquisa: 24-07-04.

[181] Nestor Osuna Patiño. "Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales", pg. 67. O autor na pg. 67, notas de rodapé 1 a 9 faz uma lista considerável de autores que tratam do tema nestes países, à qual nos reportamos como referência, com exceção do direito espanhol que acrescentamos mais alguns nomes.

[182] Angela Figueruelo Burrieza, "Los derechos fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones privadas", pg. 239.

problemas. Contudo, "a discussão tem se concentrado na **forma** como estes direitos interferem na autonomia privada", **se direta ou indiretamente**[183].

No Brasil, estes efeitos serão sentidos tanto na **legislação** quanto nas **relações jurídicas** em si. No primeiro caso, existe uma **vinculação direta** do **legislador** aos direitos fundamentais em função do disposto no § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988[184]. Cabe averiguar, agora, como os direitos fundamentais serão sentidos nas **relações jurídicas** entre os particulares.

I.9.2.1. O modelo de efeitos indiretos

O modelo de efeitos indiretos é o mais aceito em praticamente todos os países que estudam os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares[185].

Neste debate, a intenção sempre foi conciliar os direitos fundamentais e o direito privado, uma vez que a aplicação irrestrita dos primeiros significaria o domínio total do direito constitucional sobre o segundo e, conseqüentemente, uma anulação completa da autonomia privada[186].

Uma das soluções propostas para esta conciliação foi o reconhecimento da influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio de

---

[183] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 20 e 21.
[184] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 68, 69 e 70. Este posicionamento ataca na base algumas concepções anteriores, que encaravam os direitos fundamentais como dispositivos sem caráter normativo e, portanto, não vinculantes aos poderes públicos.
[185] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 81.
[186] Que pode ser encarada, de um modo bem amplo, como a "liberdade de contratar ou não". Neste sentido, ver Maria Helena Diniz, "Dicionário Jurídico – V. 1, A-C", pg. 418.

disposições normativas do próprio direito privado[187]. Sob esta perspectiva, os direitos fundamentais são encarados como um "sistema de valores" que necessitam de "portas de entrada" oriundas deste mesmo direito, também denominadas "cláusulas gerais"[188].

Estas "cláusulas gerais" se materializam em "conceitos abertos", cujos teores são definidos pelo aplicador do direito através de uma valoração, que não pode se afastar do sistema de valores consagrados pela Constituição[189].

Assim, o modelo de efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares se baseia na idéia de que estes "não são apenas garantias dos indivíduos contra o Estado, mas constituem também um *sistema* ou uma **ordem objetiva de valores**[190] que, como tal, se "infiltram" no direito privado especialmente por meio das cláusulas gerais"[191].

A crítica mais contundente a este modelo é aquela que o ataca em sua base, ou seja, que rejeita a idéia de ordem de valores. Forsthoff e Schimitt, por exemplo, "vêem na idéia de valores uma tirania dos direitos fundamentais, que

---

[187] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 76.

[188] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 76 e 79. No direito brasileiro, exemplos de dispositivos permeados por estas cláusulas são os arts. 113 e 187 do Código Civil e o art. 425 da CLT.

[189] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 78 e 79.

[190] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 77. Nesta medida, este sistema de valores se configura como ponto de partida, vinculante para uma constitucionalização do direito e uma ampliação da própria força normativa da Constituição.

[191] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 77, 78, 80 e 84. Conforme destaca o autor, foi a partir deste entendimento que a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão construíram suas teorias dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais no direito privado. Neste país, o caso paradigma dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais, citado na generalidade dos estudos que cuidam do tema, é o caso Lüth, cuja decisão, proferida pelo Tribunal Constitucional, reconheceu a aplicação do direito à manifestação em uma relação entre particulares, contudo "não se fundou em uma aplicabilidade direta deste direito ao caso concreto, mas em uma exigência de interpretação do §826 do Código Civil alemão, especialmente do conceito de bons costumes, pois segundo o Tribunal, toda [disposição de direito privado] deve ser interpretada sob a luz dos direitos fundamentais".

passariam a determinar toda a legislação e todas as relações jurídicas, das mais importantes às mais insignificantes”[192].

Mesmo assim, a discussão sobre os efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares deu margem a novas abordagens acerca da existência de um “duplo caráter” desses direitos, que se materializam nas suas dimensões subjetiva e objetiva. Trata-se da teoria da “dupla dimensão” dos direitos fundamentais”,ou do “duplo caráter dos direitos fundamentais”[193].

I.9.2.1.1. A teoria da dupla dimensão

A diferenciação entre uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi elaborada pela jurisprudência e doutrina alemãs a partir da década de cinqüenta e tem como base o modelo de efeitos indiretos. Atualmente, é recepcionada em vários países[194].

---

[192] Virgílio Afonso da Silva, “A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares”, pg. 84.

[193] Nestor Osuna Patiño. “Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales”, pgs. 33 e 34, nota de rodapé 32. O autor faz referência às Sentenças 6, 55, 72 e Sentenças do caso Lüth (7, 198, 205 e ss) do Tribunal Constitucional Alemão. Esclarece ainda que, na mesma direção, o Tribunal Constitucional espanhol vem reconhecendo expressamente a dupla dimensão dos direitos fundamentais desde o início de seu funcionamento, chamando sempre a atenção sobre o mandato que em virtude de sua dimensão objetiva recai também sobre os demais poderes públicos, especialmente o legislador, para prover uma efetiva proteção dos direitos em questão (vide Sentenças 25/1981, de 14 de julho; 53/1985, de 11 de abril e 129/1989, de 17 de julho do Tribunal Constitucional espanhol). No mesmo sentido, Gaspar Ariño Ortiz. “Principios de derecho público económico (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)”, pg. 229, destaca que “desde suas primeiras sentenças, o Tribunal Constitucional espanhol vem sublinhando uma dupla vertente dos direitos fundamentais: por uma parte, seu aspecto subjetivo e individual, como direitos subjetivos; por outra, seu caráter objetivo, como valores superiores do Ordenamento Jurídico. Este duplo caráter dos direitos fundamentais é uma doutrina que se formou no Direito público nos últimos anos”. Neste sentido, ver Konrad Hesse, “Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha” (§9º, II), pgs. 228 a 244.

[194] Nestor Osuna Patiño. “Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales”, pgs. 33 e 34, nota de rodapé 32. O autor faz referência às Sentenças 6, 55, 72 e Sentenças do caso Lüth (7, 198, 205 e ss) do Tribunal Constitucional Alemão. Esclarece ainda que, na mesma direção, o Tribunal Constitucional espanhol vem reconhecendo expressamente a dupla dimensão dos direitos fundamentais desde o início de seu funcionamento, chamando sempre a atenção sobre o mandato que em virtude de sua dimensão objetiva recai também sobre os demais poderes públicos, especialmente o legislador, para prover uma

O Tribunal Constitucional espanhol, por exemplo, "desde suas primeiras sentenças, vem sublinhando uma dupla vertente dos direitos fundamentais: por uma parte, seu aspecto subjetivo e individual, como direitos subjetivos; por outra, seu caráter objetivo, como valores superiores do Ordenamento Jurídico"[195].

Segundo Konrad Hesse, os direitos fundamentais não podem ser analisados sob um único ângulo. "Por um lado, eles são direitos subjetivos (...). Por outro lado, eles são elementos fundamentais da ordem objetiva (...)"[196]. Como direitos subjetivos[197], fundamentadores de *status*, são "direitos básicos jurídico-constitucionais do particular" e, como elementos da ordem objetiva[198] (determinante e limitadora de *status*), formam as bases da ordem jurídica da

---

efetiva proteção dos direitos em questão (vide Sentenças 25/1981, de 14 de julho; 53/1985, de 11 de abril e 129/1989, de 17 de julho do Tribunal Constitucional espanhol)".

[195] Gaspar Ariño Ortiz, "Principios de derecho público económico (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)", pg. 229. O autor esclarece que este duplo caráter dos direitos fundamentais é uma doutrina que se formou no Direito público nos últimos anos.

[196] Konrad Hesse, "Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha", pgs. 228 e 229. Os direitos fundamentais não são, portanto, tão somente os individuais. Outros direitos que se afastam desta diretriz, ainda que não incorporados no catálogo de direitos fundamentais da Constituição, também o são, como por exemplo, o artigo 7º, alínea 1, alínea 3, frase 1 e 2, alínea 5, da Lei Fundamental. A título ilustrativo se transcreve o caput do referido artigo, que fala sobre o sistema educativo e o ensino religioso nas escolas públicas e privadas: "Artículo 7.0. 1. El sistema educativo en su conjunto estará bajo la supervisión (Aufsicht) del Estado. (...) La enseñanza religiosa constituirá una asignatura ordinaria en las escuelas públicas, con excepción de las escuelas no confesionales. Sin perjuicio del derecho de supervisión del Estado, la enseñanza religiosa se impartirá de acuerdo con los principios fundamentales de las comunidades religiosas. Ningún maestro podrá ser obligado contra su voluntad a impartir enseñanza religiosa. (...)". Fonte de Pesquisa: www.constitucion.es/otras_constituciones/. Data da Pesquisa: 24-07-04.

[197] Konrad Hesse, "Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha", pgs. 235 e 236. O autor esclarece que os direitos fundamentais como direitos subjetivos são também direitos de defesa contra os poderes estatais; possibilitam que o particular se defenda contra os prejuízos (não-autorizados) dos poderes estatais em seu status jurídico-constitucional, entretanto, a pretensão negatória, que eles fundamentam, corresponde um lado positivo não menos importante. Por isso, é garantida tanto uma liberdade positiva, de confessar uma fé, de manifestar uma opinião, de formar uma associação, dentre outras, como uma liberdade negativa, de não confessar uma fé, de não manifestar uma opinião, de não aderir a uma associação.

[198] Willis Santiago Guerra Filho, "Teoria Processual da Constituição", pg. 46. A dimensão objetiva "é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar".

coletividade; existindo entre estas dimensões uma relação de complementaridade e de fortalecimento recíproco[199].

Por essa razão, há quem defenda que "não existe uma relação biunívoca" entre direitos subjetivos públicos e direitos fundamentais, uma vez que nem todos os direitos subjetivos públicos possuem a estrutura constitucional de um "direito fundamental"[200].

Esta, porém, não é a única forma de analisar os efeitos dos direitos fundamentais na relação entre particulares. Devemos avançar no seu estudo, checando a proposta daqueles que defendem a sua produção de forma direta.

I.9.2.2. O modelo de efeitos diretos

A aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares foi defendida pioneiramente por Nipperdey[201]. Segundo ele, "os direitos fundamentais têm **efeitos absolutos** e, nesse sentido, não necessitam de mediação legislativa para serem aplicados a essas relações. Mais do que isso, esse **efeito absoluto** dos direitos fundamentais faz com que sejam também

---

[199] Konrad Hesse, "Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha", pgs. 232 e 239. Ernst Benda; Werner Maihofer; Hans-Jochen Vogel et. al, "Manual de derecho constitucional", pgs. 92 e 93. Os autores sustentam que esta concepção ampla dos direitos fundamentais contribuiu em larga escala para que houvesse uma "recusa à sua interpretação formal, dominante até então, e o giro até a noção material que compreende a dimensão jurídico-objetiva, que os concebe como princípios supremos do ordenamento jurídico". Ver Ângela Figueruelo Burrieza (...) pgs. 253 a 254. A autora comenta que "este conteúdo axiológico que se irradia em todos os âmbitos do direito não pertence, de um modo geral, ao conjunto dos direitos fundamentais senão que deverá ser deduzido de cada direito fundamental em particular".

[200] Willis Santiago Guerra Filho, "Teoria Processual da Constituição", pg. 46. Jorge Miranda. "Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais", pgs. 53 a 55, ao cuidar do tema "direitos fundamentais e direitos subjetivos públicos", conclui ser desaconselhável "o emprego do termo 'direitos subjetivos públicos' como sinônimo ou em paralelo a 'direitos fundamentais'".

[201] Sua obra célebre "Grundrechte und Privatrecht". Ele foi Presidente do Tribunal Federal do Trabalho Alemão em 1957. Para maiores referencias vide Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 91.

desnecessárias "artimanhas interpretativas" para aplicá-los em relações que não incluam o Estado como ator"[202].

Há quem lembre que Nipperdey, ao fazer menção a **efeitos absolutos**, não se reporta à concepção dos direitos fundamentais como direitos absolutos[203]; pelo contrário, ele se baseia em um catálogo positivado de direitos fundamentais (da Lei Fundamental de Bonn). O que ele quer dizer com esta expressão nada mais é que os direitos fundamentais têm aplicabilidade direta nas relações privadas[204].

A grande diferença entre este modelo e o modelo de efeitos indiretos é que, mesmo sem a presença de disposições normativas de direito privado, ou ainda com a existência destas, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si. Também não se requer o uso de "artimanhas interpretativas", ou melhor, de "pontos de infiltração" dos direitos fundamentais nas relações interprivados[205].

A decisão de maior influência que se baseou na teoria dos efeitos diretos dos direitos fundamentais foi proferida pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão em 1957, cujo Presidente era justamente Nipperdey. Nesta, determinou-se a aplicabilidade direta do direito de igualdade a uma demanda de natureza privada, ainda que o entendimento majoritário caminhasse no sentido de que este direito se destinava a proteger tão somente os cidadãos contra o Estado. Entretanto, na

---

[202] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 87.
[203] Esta tese assume um caráter marcadamente jusnaturalista.
[204] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 87 e 89.
[205] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 89, 90 e 91. Com isto, quer-se dizer que os direitos fundamentais, ao contrário do que se sustenta no modelo de efeitos indiretos, "não necessitam de nenhuma 'porta de entrada' – as chamadas cláusulas gerais – para se 'irradiar'" nos outros ramos do direito. Assim, reconhecer o modelo de efeitos direitos significa admitir que "se um direito fundamental for aplicável às relações entre particulares, então essa aplicação será direta".

maioria dos países em que o tema é estudado, a teoria dos efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não tem grande aceitação[206].

No Brasil, o debate sobre os efeitos dos direitos fundamentais não tem ultrapassado a fronteira da relação Estado-cidadão, sendo poucos os estudos que se dedicam à analise dos efeitos destes direitos na relação entre particulares. E isso não se dá unicamente em função de uma excessiva atenção à visão "clássica" dos direitos fundamentais, mas também porque o foco costuma se manter neste tipo de relação, pois isto ocorre até mesmo nos estudos que se dedicam às outras dimensões destes direitos e reconhecem a sua fundamentalidade[207].

Segundo Virgílio Afonso da Silva, os poucos autores que se dedicam ao tema "tendem a se posicionar a favor de uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares". Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal também não tem analisado tal vinculação de forma explícita, contudo isto não significa dizer que não existam casos em que ela tenha sido avaliada[208].

O autor faz referência à decisão do RE 161.243, em que esta Corte decidiu que "o princípio da igualdade deve ser respeitado em qualquer relação, sendo vedada, por conseguinte, qualquer relativização. A discriminação que se baseia

---

[206] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 92. 'A igualdade perante a lei', 'a igualdade entre homens e mulheres' e a 'igualdade de gênero' (arts. 3.1, 3.2 e 3.3 da CF).

[207] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 18.

[208] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 134. O autor faz referência às análises de Ingo Wolfgang Sarlet, "A Eficácia dos Direitos Fundamentais", pgs. 360-361; "Direitos Fundamentais e Direitos Privados", in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), "A Constituição Concretizada", pg. 152. Na mesma direção, ainda que com algumas variações: Celso Roberto Siqueira Castro, "A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais", pg. 247; Daniel Sarmento, "Direitos Fundamentais e Relações Privadas", pgs. 277 e ss.

em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso (...) é inconstitucional”[209].

Nesta medida, para o referido autor, o teor desta decisão é acertado, mas a “tendência generalizadora e absolutizante que não é rara nos julgados do Supremo Tribunal Federal, pretende, de uma só vez, resolver *todos* os problemas relativos ao desrespeito ao princípio da igualdade nas relações entre particulares, sem levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto”[210].

Não é por outra razão que ele aponta “a necessidade de se construir um modelo que não tenda a generalizar situações e, especialmente, não tenda a se desvincular do caso concreto”, pois o enquadramento de situações díspares em um modelo sem flexibilidade não lhe parece ser uma solução adequada[211].

Nesta direção, Virgílio traça as bases de um novo modelo que procura conciliar elementos de vários outros para, assim, tentar reconstruir um fenômeno que não pode ser compreendido por modelos unilaterais. Trata-se, portanto, de um modelo conciliador[212].

I. 9.2.3. Um modelo conciliador: a conexão entre os efeitos indiretos e os efeitos diretos dos direitos fundamentais

Virgílio Afonso da Silva esclarece que a sua proposta tem como ponto de partida o modelo desenvolvido **em três níveis** por Robert Alexy, que procura

---

[209] Virgílio Afonso da Silva, “A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares”, pg. 94.
[210] Ibid., pg. 94.
[211] Ibid., pgs. 94 e 134.
[212] Ibid., pg. 143.

combinar os modelos tradicionais de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares[213].

A ressalva de que a proposta de Alexy é apenas o "ponto de partida" para o seu modelo conciliador baseia-se no fato de que "não é possível simplesmente querer transplantar um modelo desenvolvido com base em um sistema (o alemão) para outro sistema (o brasileiro) sem a devida atenção"[214].

Além do mais, Virgílio se afasta do paradigma traçado por Alexy quando sustenta que "em boa parte dos casos, a escolha por efeitos indiretos ou por uma aplicação direta não depende exclusivamente de estratégias argumentativas, mas da existência ou não de mediação legislativa entre os direitos fundamentais e a relação entre particulares"[215].

Ao traçar as primeiras premissas deste modelo conciliador, o autor questiona um ponto importantíssimo: o entendimento de que os direitos fundamentais constituem uma ordem objetiva de valores. Para ele, este recurso nem sempre é essencial, principalmente no caso brasileiro, que apresenta maiores razões para a sua relativização[216].

Nesta análise, o autor parte de uma idéia base, que é próprio conceito de direito fundamental quando encarado como uma "norma-princípio", que exige que algo seja "realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes". Assim, "se esta definição está correta e, além

---

[213] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs.143 e 144, nota de rodapé n. 36. O autor esclarece que em cada um desses níveis, um dos modelos, por ele considerado, apresenta um papel determinante. Ele leva em consideração as seguintes teorias: dos efeitos indiretos, diretos e da imputação das ações dos particulares ao Estado (teoria de Schwabe).
[214] Ibid., pg. 143.
[215] Ibid., pg. 145.
[216] Ibid., pg. 136 e 140.

disso, se se leva a idéia de otimização a sério, a decorrência automática é a fundamentação de toda e qualquer expansão na eficácia dos direitos fundamentais que fomente a sua realização”[217].

Especificamente quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, o autor acrescenta mais duas razões para se reduzir a importância da tese de que os direitos fundamentais devem ser aplicados nas relações entre particulares a partir de uma ordem objetiva de valores[218]: (i) a Constituição Federal de 1988 prevê “uma série de outros direitos fundamentais (sociais, econômicos, dos trabalhadores etc.), cuja razão de ser se encontra muito mais nas relações entre particulares do que na relação Estado-indivíduo”[219], e (ii) ela tampouco possui qualquer dispositivo que vincule expressamente apenas os poderes estatais às normas de direitos fundamentais, como se passa nos textos constitucionais alemão e espanhol[220].

A partir daí, Virgílio traça os dois pontos principais de seu modelo conciliador dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. O primeiro deles é que os direitos fundamentais não podem estar limitados à

---

[217] Virgílio Afonso da Silva, “A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares”, pg. 146. Obviamente não se está se considerando, nesta passagem, os casos em que os direitos fundamentais assumem a estrutura de uma “norma-regra”.

[218] Ibid., pgs. 138 e 139. Aqui cabe um esclarecimento importante sobre o conceito de princípios (segundo a teoria de Robert Alexy) e valores. Segundo o próprio Alexy, “Teoria de los derechos fundamentales”, pg. 147, “a diferença entre princípios e valores se reduz a um ponto. (...) Assim, os princípios e os valores se diferenciam somente em virtude de seu caráter deontológico e axiológico, respectivamente. (...) Em todo caso, o modelo dos princípios tem uma vantagem de que ele expressa claramente o caráter de dever ser. A isso se agrega o fato de que o conceito de princípio, em menor medida que o de valores, dá menos abertura a falsas interpretações. Ambos os aspectos são suficientemente importantes para se preferir o modelo dos princípios”.

[219] Ibid., pg. 139. Isto, obviamente, não significa dizer que estes últimos direitos seriam aplicáveis tão somente nas relações entre particulares, enquanto que os direitos previstos no art. 5º da Constituição permaneceriam restritos à relação Estado-indivíduo.

[220] Ibid., pg. 140. Nas palavras do autor: “não há nada no texto constitucional brasileiro que forneça indícios nesse sentido e que exigisse, por conseqüência, um recurso a uma ordem de valores para extrapolar uma limitação constitucional textual”, conforme os textos ora referidos.

relação "Estado-cidadão", pois, como se falou acima, quando assumem a estrutura de uma "norma-princípio", exigem a sua realização na maior medida do possível. O segundo ponto é decorrente do primeiro: "a realização em maior medida possível daquilo que a norma de direito fundamental dispõe é canalizada pelas condições fáticas e jurídicas existentes. Dentre essas condições jurídicas, estão as normas de direito privado ou de direito infraconstitucional em geral", que, em sua grande maioria, assumem a estrutura de uma "norma-regra"[221].

Como se nota, neste modelo conciliador a autonomia dos demais campos do Direito tende a ser preservada pela idéia de mandamento de otimização[222], pois a existência de um Código Civil ou de uma Consolidação das Leis do Trabalho, "cujas normas têm, em geral, a estrutura de regras, impede, *prima facie*, uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Os efeitos desses direitos chegam às relações entre particulares por via indireta"[223].

Contudo, em diversas situações o operador do direito não encontra uma mediação legislativa, ou, em outras, esta se mostra insuficiente para a resolução do fato concreto. Em tais circunstâncias, apenas a aplicação direta dos direitos

---

[221] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 146 e 147. Como se nota, o autor fundamenta os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares na idéia otimização e não na idéia de uma ordem objetiva de valores, o que, para ele, tem duas vantagens: "(1) exime o modelo das principais críticas feitas a essa ordem de valores, e (2) o que não implica uma dominação do direito infraconstitucional por parte dos valores constitucionais, pois o próprio conceito de otimização já enuncia que a produção de efeitos é condicionada às condições fáticas jurídicas e existentes".

[222] Ibid., pg.121. Segundo o autor, "o que o conceito de mandamento de otimização impõe é o que se pode chamar de idéia regulativa, ou seja, uma idéia que sirva para *guiar a argumentação em um determinado sentido*". Várias podem ser as repostas que satisfaçam as exigências de otimização. Quanto maior o número de variáveis – e de direitos – envolvidos em um caso concreto, maior tenderá a ser a quantidade de respostas que satisfaçam o critério de otimização".

[223] Ibid., pg. 147. Neste caso, os diversos campos do Direito servem de transporte dos direitos fundamentais às relações entre particulares em que se aplicam. E isto exige uma interpretação de seus dispositivos com base nos princípios (encarados como mandamentos de otimização) reconhecidos na Constituição.

fundamentais pode fornecer uma solução adequada para o conflito de interesses. Entretanto, é justamente nestes casos que os direitos fundamentais tendem a restringir os diversos campos do direito, especialmente aqueles em que a autonomia privada tem um papel de destaque[224].

Por esta razão, toda e qualquer ilação quanto à prevalência de um e de outro está condicionada ao próprio caso concreto. Segundo o autor, a autonomia privada deve ser relativizada quando se constata um desequilíbrio na relação entre particulares ou um eventual falseamento da "real autonomia privada"[225].

Contudo, "quando nenhum destes fatores estiver presente, deve-se partir de uma precedência *prima facie* da autonomia privada frente a eventuais direitos fundamentais. E essa precedência, por ser apenas *prima facie*, pode ser revertida. O fator mais importante para tal reversão é a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos na relação". Nesta medida, "os argumentos contra a autonomia privada são tão maiores quanto for a intensidade da limitação ao direito fundamental envolvido"[226].

---

[224] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 148 e 156.

[225] Ibid., pgs. 156, 157, 158 e 159. Um dos parâmetros mais empregados para se decidir acerca de uma eventual desvalorização da autonomia privada em relação aos direitos fundamentais, baseia-se na assimetria (falta de equilíbrio) entre as partes envolvidas no litígio. Contudo, para o autor, tal assimetria não pode ser definida incondicionalmente com base em desigualdades materiais; deve-se levar em conta, essencialmente, o grau real de autonomia privada das partes. Isto não significa que ele negue a necessidade de que se proteger os hipossuficientes, como ocorre, no direito do trabalho ou no direito do consumidor, mas simplesmente que ele entenda que "essa necessidade de proteção não surge, automaticamente, de uma desigualdade material, mas de uma desigualdade de posições no interior da relação jurídica". Daí porque, para ele, "a assimetria entre empregador e empregado nas relações de trabalho não decorre de uma desigualdade material entre ambas as partes, mas da própria relação de poder ínsita a essas relações". Além do mais, em certos casos, embora a relação entre as partes seja inicialmente simétrica e não haja nenhum tipo de pressão externa, algumas mudanças fáticas não previstas (ainda que previsíveis) podem ocorrer, desequilibrando a relação contratual e, conseqüentemente, restringindo os direitos fundamentais inseridos naquele contexto, o que também pode autorizar uma intervenção na relação para se proteger os direitos em questão.

[226] Ibid., pgs. 159 e 160. Neste ponto, há que se fazer uma observação importante quanto ao pensamento do autor. Ele não admite a ponderação (ou sopesamento) como método adequado para a solução dos conflitos que envolvem a autonomia privada, eis que se trata de um principio formal destituído de valor,

Vale a pena lembrar que nesta última abordagem, o autor se refere aos casos em que não existem disposições legislativas hábeis à solução dos conflitos, ou seja, às circunstâncias que exigem a aplicabilidade direta de direitos fundamentais. Mesmo nestes casos, sempre haverá um núcleo intangível da autonomia privada, que não pode, no entanto, ser garantido às custas do desrespeito aos direitos fundamentais[227].

Apesar desta afirmação parecer um pouco óbvia, ela é extremamente importante para as soluções das questões que se apresentam no dia-a-dia, como, por exemplo, no caso de uma dispensa discriminatória contra um portador do vírus HIV. Tal conduta dificilmente seria aceita, pois "a intensidade do desrespeito é grande demais para ser fundamentada por meio de um necessário respeito à autonomia privada"[228].

A grande contribuição deste modelo que pretende ser conciliador se concentra no fato de que quando se discute sobre os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares "é preciso distinguir os casos em que exista mediação legislativa e os casos em que essa mediação não exista ou seja insuficiente. Há mediação legislativa quando o legislador, exercendo sua competência legislativa, tenha fixado alguma solução para uma determinada colisão entre direitos fundamentais"[229].

---

pelo que não pode ser confrontado. Nas palavras do autor: "(...) não ocorre um sopesamento entre a autonomia privada e os direitos fundamentais envolvidos, porque a autonomia privada, como já várias vezes sublinhado, é um princípio meramente formal, cuja função principal, no âmbito que aqui importa é sustentar competências. Nesse sentido, ela é um princípio desprovido de conteúdo – por isso sua qualificação como formal. (...)".

[227] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 166.

[228] Ibid., pg. 166.

[229] Ibid., pg. 168.

Portanto, segundo os parâmetros deste modelo conciliador, nos casos em que existam mediações legislativas satisfatórias para as soluções dos litígios, não há que se falar em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares[230].

Por fim, Virgílio deixa bem claro que neste modelo conciliador dos efeitos dos direitos fundamentais, a Constituição é encarada como uma constituição-moldura. A idéia de Constituição como moldura significa que a Constituição e os direitos fundamentais "não só impõem deveres e vedações, mas também deixam "espaços abertos", para os quais a Constituição não tem uma resposta e que devem, por conseguinte, ser preenchidos pelo legislador e, subsidiariamente, pelos operadores do direito e pelos particulares nas suas relações entre si"[231].

Ao concluir o seu estudo, o autor esclarece que "todo modelo é uma **ferramenta de trabalho que ganha corpo com a prática doutrinária e, especialmente, jurisprudencial**. Esperar mais do que isso é ingenuidade"[232].

Os estudos até aqui desenvolvidos tiveram como foco os direitos fundamentais de um modo geral. A partir de agora, as discussões se centrarão na "segunda dimensão" dos direitos fundamentais, aqui denominados direitos

---

[230] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 168.

[231] Ibid., pgs. 120 a 122. Por esta razão, ele sustenta "a compatibilidade da idéia de direitos fundamentais como princípios e, conseqüentemente, como mandamentos de otimização com o conceito de constituição como moldura".

[232] Ibid., pgs. 176 e 177. Um modelo, "ao apontar para direções a serem seguidas e excluir outras com elas incompatíveis", ele se justifica, como uma "idéia regulativa". Esse é o seu papel". Contudo, para ele, esta discussão não pode ser realizada fora de um contexto específico, que apresente claramente qual é a concepção que se faz da Constituição e dos efeitos dos direitos fundamentais em uma determinada ordem jurídica.

econômicos, sociais e culturais[233]. Esta análise em separado se justifica por diversos fatores:

(i) Observa-se na doutrina e na jurisprudência uma profunda dificuldade em lidar com a idéia e com o regime jurídico dos direitos econômicos, sociais e culturais[234],

(ii) Em muitas ocasiões, tais direitos são considerados "fórmulas fracas e vazias de efetividade"[235] e, nesta mesma medida, não são considerados como "verdadeiros direitos"[236], tendo em vista o caráter programático que assumem em praticamente todos os casos,

(iii) Seguindo esta linha de pensamento, há quem sustente que a efetivação destes direitos está vinculada a outros fatores de ordem política, econômica e social, que sobrepõem o caráter

---

[233] Victor Abramovich y Christian Courtis, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", In In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 135. Os autores explicam que de um modo geral na tradição constitucional se fala em "direitos sociais" e na tradição do direito internacional dos direitos humanos se fala em "direitos econômicos, sociais e culturais". Em seus estudos empregam indistintamente as duas expressões.

[234] Vicente de Paulo Barreto, "Reflexões sobre os Direitos Sociais", In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 107.

[235] Vide Adela Cortina, "Ciudadanos del Mundo: hacia una teoria de la ciudadania", Apud Vicente de Paulo Barreto, "Reflexões sobre os Direitos Sociais", In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 111.

[236] Vide Andréas Krell, "Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais", em "A Constituição Concretizada", Apud Vicente de Paulo Barreto, "Reflexões sobre os Direitos Sociais", In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 112. Benito de Castro Cid, "Los derechos sociales: análisis sistemático", pgs. 25 e 26, por exemplo, identifica um primeiro grupo que defende a tese de que os direitos de segunda e terceira geração não constituem verdadeiros direitos por não possuírem efetividade e terem a sua eficácia condicionada a fatores políticos. Já uma segunda corrente visualiza o caráter jurídico destes direitos, apesar de alguns defenderem a sua eficácia parcial e condicionada e outros poucos visualizarem um conteúdo jurídico absoluto. No primeiro grupo se encontram autores como E. Forsthoff, N. Pérez-Serrano, J. Rivero, C. Schmitt. Neste último grupo o autor aponta como defensores da eficácia parcial destes direitos: C. A. Colliard, E. García de Enterría, A. E. Pérez Luño, e defensores de um conteúdo jurídico absoluto: L. Lörincz e H. Willke. Para Andrés García Inda, "Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos", pg. 38, frente ao argumento daqueles que recusam a inserção dos direitos de terceira geração dentro da categoria de direitos ante as dificuldades para se desenvolver mecanismos de proteção dos mesmos, deve-se adaptar a ordem jurídica às novas necessidades e demandas sociais e não o contrário.

eminentemente jurídico. Tais vinculações os submetem à teoria da "reserva do possível", que denota uma "uma impossibilidade objetiva na implementação" destes direitos. Daí porque eles não podem ser "exigíveis", "justiciáveis", nem tampouco fundamentais[237].

(iv) Muitos estudos, entretanto, reconhecem o caráter obrigacional destes direitos, sem desconsiderar a interdependência dos mesmos com outros fatores de ordem política, econômica e social. Nesta medida, identificam a obrigação dos Estados de garantir as necessidades básicas dos cidadãos, ou melhor, um direito às condições mínimas de dignidade, também conhecido como "mínimo existencial", "mínimo necessário"[238],

---

[237] Neste sentido, vide Ricardo Lobo Torres, "Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário", pgs. 179, 180, 192 e 193. Para o autor, os direitos econômicos, sociais e culturais "dependem integralmente da concessão do legislador. As normas constitucionais sobre estes direitos são meramente programáticas, restringem-se a fornecer diretivas ou a orientações para o legislador e não têm eficácia vinculante". Afirma também que "os direitos econômicos, sociais e culturais existe sob a 'reserva do possível' ou da 'soberania orçamentária do legislador'". Somente o critério topográfico estabelecido pela Constituição de 1988 no Título II "não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais". Ele fundamenta seus comentários em autores alemães como, por exemplo, em H. Huber e Konrad Hesse.

[238] A idéia de um direito ao mínimo existencial tem inspiração na doutrina e jurisprudência alemãs e também tem significativa aceitação na doutrina brasileira. Grande parte dos autores o fundamenta no princípio da dignidade humana. Neste sentido, ver Ingo W. Sarlet, "A eficácia dos Direitos Fundamentais", pg. 298; do mesmo autor, "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, pg. 60, dentre outros. Ricardo Lobo Torres, "A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial", In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 11, aponta que em nosso ordenamento jurídico "o mínimo existencial encontra a sua legitimidade nos próprios princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, que aparecem enumerados no art. 1º da CF: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho e a livre iniciativa e o pluralismo político. Mas por seu turno, cada qual desses fundamentos se abre para um leque de possibilidades hermenêuticas, o que torna cada vez mais intrincada a problemática da metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial".

(v) No cenário brasileiro, a questão se centra no fato de que muitos destes direitos foram positivados como fundamentais, ainda que existam honrosas opiniões em contrário[239],

(vi) O reconhecimento explícito da fundamentalidade de diversos direitos de natureza econômica, social e cultural na Constituição de 1988 torna superada qualquer discussão quanto ao caráter normativo e, portanto, vinculante destes direitos[240],

(vii) Tal circunstância deve ser associada ao preceito esculpido no §1º do artigo 5º da Constituição Federal, que lhes submetem à aplicação imediata, bem como à teoria dos princípios (elaborada por Robert Alexy), que assinala a diferença estrutural das disposições *jusfundamentais* em "normas-regras" e "normas-princípios", e à sua aplicação na relação entre o Estado e seus cidadãos e na relação entre particulares.

(viii) A relação "Estado-cidadão" exige uma aplicação direta dos direitos fundamentais e, mesmo quando a norma de direito fundamental se materialize em um princípio, obviamente dentro das possibilidades fáticas e juridicamente possíveis daquele caso concreto, conforme já estudado no item I.6. Já na relação entre particulares, a aplicação dos direitos fundamentais somente

---

[239] Neste sentido, novamente Ricardo Lobo Torres, "Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário", pgs. 179 e 180, para quem, somente o critério topográfico estabelecido pela Constituição de 1988 no Título II "não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais".

[240] Neste sentido, Luigi Ferrajoli, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", pg. 53. O autor lembra que "no direito moderno, a juridicidade de uma norma já não depende de sua justiça ou racionalidade intrínsecas, senão somente de sua positividade, ou seja, do fato de ser 'posta' por uma autoridade competente na forma prevista para sua produção".

poderá ser imediata quando não houver disposição mediadora, ou, se houver, ela não for satisfatória para a solução daquele caso[241].

(ix) Esta abordagem traz novas luzes para o debate sobre a efetivação destes direitos no contexto nacional, notadamente aqueles de caráter econômico, social e cultural e, por fim,

(x) O tema central deste estudo, o direito ao trabalho, insere-se neste contexto.

[241] Esta proposta se baseia no modelo conciliador dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares elaborado por Virgílio Afonso da Silva, também estudado no Item I.9.2.3.

CAPÍTULO II - OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS[242]

Como visto, os direitos "de segunda dimensão", aqui denominados direitos econômicos, sociais e culturais, aparecem vinculados à satisfação das necessidades mínimas dos homens e se mostram como uma forma de proteção à sua dignidade.

Quando se faz referência a esta dimensão de direitos surge a necessidade de um primeiro esclarecimento sobre a denominação adotada, pois as distintas expressões utilizadas para designá-los acabaram gerando uma significativa confusão conceitual.

Com uma rápida passada de olhos nos textos normativos e doutrinários, facilmente se constata que as expressões "*direitos sociais*", "*direitos econômicos e sociais*" e "*direitos econômicos, sociais e culturais*" são as mais utilizadas. Mas isto não quer dizer que "a opção por uma ou por outra seja uma decisão totalmente neutra desde o ponto de vista científico-sistemático".

Nas palavras de Castro Cid, a expressão "direitos econômicos, sociais e culturais", ao fazer referência aos três tipos de direitos apresenta um "*alto grau*

---

[242] A elaboração do capítulo considerou os seguintes questionamentos:
- Estes direitos impõem apenas obrigações positivas ao Estado? - As obrigações decorrentes dos direitos econômicos, sociais e culturais podem ser divididas em três categorias: obrigações de respeito, obrigações de proteção e obrigações de garantia, satisfação ou cumprimento? - Os direitos econômicos, sociais e culturais se submetem à "reserva do possível"? - Nesta medida, estes direitos seriam tão somente "meras declarações de direitos", portanto, não seriam exigíveis e justiciáveis? - Qual é o alcance das normas internacionais de Direitos Humanos no âmbito interno brasileiro? - Quais são as obrigações do Estado brasileiro acerca destes direitos? - Quando a chamada "reserva do possível" passa a ser inércia dos poderes públicos, e, portanto, caracterizada como uma ação omissiva do Estado? Nestes casos, as suas ações estão sujeitas à fiscalização da sociedade (diretamente ou através de seus representantes legais)? - Existem certas particularidades quanto à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito da relação "Estado-cidadão" e no âmbito da relação entre particulares?

de generalidade" e uma "*operatividade sistemática*" superior à das demais[243]. Além do que, esta foi a expressão recepcionada pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e por diversas Constituições proclamadas após a referida Declaração. Estes argumentos nos pareceram suficientes para justificar a sua adoção e, por esta razão, os estendemos à denominação "*civis e políticos*"[244].

No âmbito internacional, como se sabe, após a adoção da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* se instaurou uma larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz de assegurar o reconhecimento e a observância dos direitos nela previstos[245].

Optou-se pela instituição de dois instrumentos. O *Pacto Internacional de Direitos Civis - PIDCP*[246], que, como o próprio nome indica, cuida dos direitos

---

[243] Benito de Castro Cid, "Los derechos sociales: análisis sistemático", pg. 13.

[244] Também denominados direitos de defesa, liberdades públicas ou de primeira dimensão.

[245] Flávia Piovesan, "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", pgs. 163-164. No mesmo sentido, Aniza Fernanda García Morales, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)", pgs. 9-10.

[246] Ver Georgenor de Sousa Franco Filho (org.), "Tratados Internacionais", pgs. 413-415. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, artigo 2º (Entrada em vigor a 23.03.1976. Aprovado pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 226, de 12.12.1991. Promulgado pelo Decreto n. 592 – DOU de 07.12.1992). Flávia Piovesan, "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", pgs. 164, 166, 167, 168, 170,173, 175, 176, 178, 179. Segundo a autora, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos apresenta um mecanismo de implementação e monitoramento, que envolve a sistemática dos relatórios encaminhados pelos Estados-partes ao Comitê de Direitos Humanos (instituído pelo Pacto em questão) e a sistemática opcional das comunicações interestaduais, que serão admitidas somente se ambos os Estados envolvidos reconhecerem e aceitarem a competência do Comitê para recebê-las e examiná-las (este procedimento pressupõe o fracasso das negociações bilaterais e o esgotamento dos recursos internos), auxiliando na superação da disputa, mediante proposta de solução amistosa. Existe ainda o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que adiciona às referidas sistemáticas o mecanismo das petições individuais (ou por organizações ou terceiras pessoas representantes do indivíduo que sofreu a violação) a serem apreciadas pelo Comitê de Direitos Humanos, contudo, a petição ou comunicação individual somente será admitida se o Estado violador tiver ratificado tanto o Pacto Internacional como o Protocolo Facultativo e se forem respeitados todos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 5º do Protocolo, com o esgotamento dos recursos internos. Tal decisão não possui força obrigatória ou vinculante, bem como não há sanções previstas na hipótese de descumprimento pelo Estado. A condenação no âmbito internacional enseja, assim, apenas conseqüências no plano político mediante o chamado "power of embarrassment", que pode causar constrangimento político e moral ao Estado violador. O mencionado Protocolo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos entrou em vigor em 26 de marco de 1976. Há, ainda, um Segundo Protocolo ao mesmo Pacto que entrou em vigor em 11 de julho de 1991 e ampliou o catálogo de

civis e políticos e o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e culturais* - PIDESC, que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Partiu-se da idéia de que a natureza (ou os processos de implementação) destes direitos era distinta. Os *direitos civis e políticos* apresentariam um caráter imediato, seriam justiciáveis (por serem facilmente aplicados pelos tribunais) e não representariam um custo muito alto ao Estado. Já os *direitos econômicos, sociais e culturais* estariam sujeitos a uma programação e realização graduais, não seriam justiciáveis em função da sua natureza política, e sua implementação seria necessariamente custosa[247].

Atualmente, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[248] vem produzindo uma série de documentos que cuidam do sentido destes direitos e das obrigações dos Estados Partes deles decorrentes, tentando reduzir as aparentes

---

direitos previstos pela Declaração Universal (instituiu, entre outros, a vedação contra a pena de morte). Segundo informações do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares, disponíveis no site http://www.gajop.org.br , o Brasil até 01.04.06 não ratificou o Protocolo facultativo do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, com entrada em vigor em 23 de março de 1976. Tampouco ratificou o Segundo Protocolo facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, destinado a abolir a pena de morte, de 15 de dezembro de 1989, com entrada em vigor em 05 de dezembro de 1991. Apenas reconheceu a competência de dois Comitês para receber comunicações individuais de casos ocorridos em seu território: o Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD) - a partir de 17 de junho de 2002 (de acordo com o artigo 14 da Convenção) e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW) - a partir de 29 de setembro de 2002 (com base no Protocolo facultativo à Convenção). Fonte de Pesquisa: http://www.gajop.org.br/dhi/tab1.htm . Data da Pesquisa: 01.04.06.

[247] Aniza Fernanda García Morales, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)", pgs. 9-10, fala em "naturezas distintas", já Flávia Piovesan, "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", pgs. 163s-164, visualiza a referida diferença quanto aos seus "processos de implementação". Para Nicolás López Calera, "¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos", pg. 18, na adoção destes dois pactos verifica-se a presença de distintas matrizes político-ideológicas, sendo que o individualismo ainda continue sendo a filosofia moral e politicamente dominante que fundamenta o sistema econômico vigente (baseado no respeito à liberdade individual econômica, na competitividade e na falta de solidariedade) – o capitalismo.

[248] Flávia Piovesan, "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", pg. 196 e nota 202. O Conselho Econômico e Social da ONU estabeleceu um Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com a competência de examinar os relatórios submetidos pelos Estados. A função deste Comitê é análoga à função do Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. A criação do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais como órgão de aplicação se deu em 1985.

diferenças entre os referidos instrumentos normativos através do trabalho interpretativo[249].

Mesmo assim, tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial, estabeleceram-se alguns critérios para diferenciá-los, que se analisados de forma isolada acabam refletindo esta separação "teórica", que não deixa de ter um fundo político-ideológico[250]. Neste sentido, tornou-se amplamente difundida a idéia de que os *direitos civis e políticos* geram "obrigações negativas" para o Estado, e que os *direitos econômicos, sociais e culturais* geram "obrigações positivas".

II.1. As obrigações positivas e negativas

Como se destacou acima, uma referência amplamente utilizada para diferenciar os *direitos civis e políticos* dos *econômicos, sociais e culturais* consiste em que os primeiros exigem ações "negativas" dos poderes públicos, enquanto que os segundos exigem uma postura "positiva"[251].

Nesta comparação, de uma forma geral, os autores se baseiam na teoria de Georg Jellinek, que detecta quatro *status* ao analisar "as distintas posições (relações) em que o homem pode se encontrar frente ao Estado". De forma

---

[249] Quanto à forma adotada pelo Comitê para a elaboração destes documentos, Aniza Fernanda García Morales, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)", pg. 27, comenta que "nos últimos anos, foram realizadas inúmeras correções, ainda que somente sob a forma de "comentários gerais", sobre a interpretação de importantes instrumentos internacionais pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas".

[250] Vicente de Paulo Barreto, "Reflexões sobre os Direitos Sociais", In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 117.

[251] Francisco J. Contreras Peláes, "Derechos sociales: teoría e ideología", pg. 17. O autor destaca que: "Peter Häberle enfatiza o sentido "positivo" dos direitos sociais ao afirmar que eles não constituem limites negativos das competências estatais, mas fins e objetivos constitucionais". O caráter ativo-prestacional dos direitos sociais é também destacado pelos italianos Cicala e Pergolesi.

bastante concisa, o *status* passivo (*status subjectionis*) submeteria o indivíduo à vontade do Estado (idéia absolutista); o *status* negativo (*status libertatis*) garantiria ao indivíduo uma esfera de liberdade, impondo ao Estado um limite ao seu poder; o *status* positivo (*status civitatis*) asseguraria ao indivíduo o gozo de certos direitos frente ao Estado; e, finalmente, o *status* ativo daria ao indivíduo o poder de participar da formação da vontade estatal[252].

Para Ricardo Garcia Macho, estruturalmente, os direitos (ele usa o termo "fundamentais") podem ser analisados segundo o critério do *status positivo* de Jellinek e, por isso, concedem ao indivíduo a prerrogativa para exigir prestações do Estado. Contudo, existem alguns direitos (fundamentais) com conteúdo social que exteriorizam as características essenciais do *status negativo*, como por exemplo, a liberdade de associação e o direito de greve[253].

De forma similar, Francisco J. Contreras Peláez conclui que alguns direitos freqüentemente inseridos no catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais (como a liberdade sindical e o direito de greve) são, na verdade, "*direitos híbridos*", pois estão historicamente vinculados à "segunda geração" dos direitos fundamentais, mas são estruturalmente afins às *liberdades negativas*[254]. Diante disso, "o *critério da "positividade" ou "negatividade" das obrigações parece ser útil quando não for interpretado em termos absolutos*"[255].

---

[252] Ricardo García Macho, "Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda", pgs. 82-83.
[253] Ricardo García Macho, "Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda", pgs. 84 e 86. O autor diz ainda que parece estar claro que a ordem conceitual dos direitos fundamentais sociais não decide sobre o *status* positivo ou negativo, mas sim a sua função jurídico-social.
[254] Francisco J. Contreras Peláez, "Derechos sociales: teoría e ideología", pg. 20. O autor utiliza a denominação "direito-autonomia".
[255] Francisco J. Contreras Peláez, "Derechos sociales: teoría e ideología", pg. 21-22.

Os direitos civis e políticos também podem ser caracterizados como um complexo de *obrigações negativas e positivas* por parte do Estado. Tenha-se como exemplo a proibição de prisão arbitrária, que exige uma intensa atividade estatal para o seu cumprimento e, até mesmo, a reparação de prejuízos materiais e morais nos casos em que haja a detenção ilegal[256].

Isto implica dizer que não existem **obrigações negativas "puras"** (ou direitos que comportem exclusivamente obrigações negativas) e sim *uma gradativa diferença quanto à relevância que as prestações estatais possuem para um e outro tipo de direitos* (direitos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais)[257].

Sob esta perspectiva, verifica-se que o caráter obrigacional "negativo" ou "positivo", quando analisado de forma isolada, não se apresenta como um critério decisivo para diferenciar os *direitos civis e políticos* dos *econômicos, sociais e culturais*, pois existem direitos que concentram os dois tipos de obrigação e nem por isso deixam de ser caracterizados como tais[258].

---

[256] Victor Abramovich; Christian Courtis, "Los derechos sociales como derechos exigibles", pgs. 24 e 26. No mesmo sentido, José L. Cascajo, "La tutela constitucional de los derechos sociales", Centro de Estúdios Constitucionales, Madrid: 1988.

[257] Francisco J. Contreras Peláez, "Derechos sociales: teoría e ideología", pg. 21. Lembre-se que o autor usa as denominações: "direito-autonomia e direitos sociais". O mesmo faz referência ao pensamento de Helmut Willke, "Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie", pg. 217, segundo o qual, nenhum direito é totalmente *self-executing*; todos os direitos pressupõem amplas medidas estatais, programas ou dispositivos institucionais.

[258] Victor Abramovich y Christian Courtis, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pgs. 137 e 138. De fato, alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizam principalmente por exigirem do Estado ações positivas (os chamados direitos-prestação), porém isto também se passa com os direitos civis e políticos. Além disso, alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais dificilmente podem ser conceituados tão somente como prestacionais, principalmente aqueles que também regulam as relações entre particulares. Este acaba sendo um argumento contrário à exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, pois, em geral, afirma-se que por se tratarem de direitos que estabelecem obrigações positivas, seu cumprimento depende da disposição de fundos e, por isso, o Poder Judiciário não poderia impor ao Estado o cumprimento de condutas de dar ou fazer.

Tais observações contribuem significativamente para a superação da tese de que os direitos econômicos, sociais e culturais são "fórmulas fracas e vazias de efetividade" e, portanto, não podem ser considerados como "verdadeiros direitos", pois todo direito em alguma medida requer obrigações positivas e negativas para a sua efetividade. Até porque, como se verificará mais adiante, nenhuma categoria de direito é mais ou menos exigível, sendo certo que a cada direito correspondem distintos tipos de obrigações exigíveis[259].

É justamente neste sentido que atualmente muito se tem discutido, inclusive no âmbito do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, acerca dos "níveis obrigacionais" dos direitos, cuja análise se situa tanto no âmbito internacional, como no campo interno dos Estados (na medida em que os mesmos direitos são positivados).

II.2. Os níveis de obrigações

Como já se destacou, alguns autores propõem um esquema interpretativo que consiste na definição de "níveis de obrigações" dos direitos, independentemente de sua inscrição no catálogo de direitos civis e políticos ou de direitos econômicos, sociais e culturais[260].

---

[259] Victor Abramovich y Christian Courtis, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 139.

[260] A respeito do tema, ver Victor Abramovich; Christian Courtis, "Los derechos sociales como derechos exigibles", pgs. 27 a 31, e nota 24. Os autores fazem uma análise do tema e indicam uma ampla bibliografia. Explicam que esta distinção foi sugerida originariamente por Henry Shue, "Rights in the US Foreing Policy", Princeton, 1980, ainda que com alguma diferença terminológica (a autora fala de distintos "direitos" e não de distintos níveis de "obrigações"). Victor Abramovich pondera que "'existem níveis de obrigações estatais comuns a todos os direitos (humanos), e não um tipo particular de obrigação estatal que corresponda a uma determinada categoria" Apud Aniza Fernanda García Morales, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)", pgs. 36 e 37.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Observação Geral N. 3 de 1990, ao pronunciar-se sobre a **natureza das obrigações** que derivam do artigo 2.1. do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[261], enumera três categorias: obrigações de respeito, obrigações de proteção e obrigações de garantia, satisfação ou cumprimento[262].

A obrigação de respeitar[263] **requer que o Estado se abstenha de impedir o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais**; já a obrigação de proteger[264] **exige do Estado a prevenção de violações destes direitos por parte de terceiros[265]**; enquanto que a obrigação de cumprir[266] **requer que o Estado adote medidas políticas, administrativas, fiscais e judiciais para alcançar a plena efetividade destes direitos**[267].

---

[261] Fonte de pesquisa: http://www.aaj.org.br/Pacto%20Facultativo.htm. Data da pesquisa: 17-08-05. A adoção de medidas legislativas não esgota as obrigações dos Estados-Partes (parágrafo 4º).

[262] Observación General (OG) N. 3 de 1990 – "La índole de las obligaciones de los Estados partes – párrafo 1, del art. 2 del Pacto". Segundo as *Diretrizes de Maastricht*, os direitos econômicos, sociais e culturais impõem ao Estado três tipos de obrigações: de respeitar, de proteger e de satisfazer, e o não cumprimento de qualquer destas três obrigações constitui uma violação aos mesmos. Fonte de pesquisa: http://www.derechos.org.ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastricht.pdf. Data da Pesquisa: 17-08-05. Neste sentido, Victor Abramovich; Christian Courtis, "Los derechos sociales como derechos exigibles", pg. 28, nota 24.

[263] Este documento cita como exemplo de infração ao direito à moradia as expulsões forçadas e arbitrárias praticadas pelo Estado.

[264] Da mesma forma, o Estado pode violar o **direito ao trabalho** ou determinadas condições de trabalho, eqüitativas e satisfatórias quando não assegura que os empregadores cumpram as normas básicas de trabalho.

[265] É justamente neste campo em que se localiza a mediação legislativa e que se deve considerar os efeitos destes direitos nas relações entre particulares.

[266] Como exemplo cita a violação à obrigação de cumprir com os direitos econômicos, sociais e culturais o não atendimento primário à saúde daqueles que necessitam.

[267] Fonte de pesquisa: http://www.derechos.org.ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastricht.pdf. Data da Pesquisa: 17-08-05. Neste documento faz-se referência, ainda, às obrigações de conduta e de resultado. A primeira exige ações com o propósito de assegurar o exercício de um direito específico, enquanto que a segunda requer que os Estados cumpram os objetivos concretos de uma norma específica. Esclarece-se também que as obrigações pertinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais podem ser descumpridas mediante ações comissivas (praticadas pelo Estado ou por terceiros) ou omissivas (resultantes da omissão ou descumprimento das medidas derivadas de obrigações legais assumidas pelo Estado).

No campo doutrinário, Daniel E. Herrendorf e German J. Bidart Campos cuidam das obrigações pertinentes aos direitos humanos[268] e as agrupam em três classes (coincidentes com as do direito civil): omissão de conduta que viola determinado direito ou que impeça seu exercício; conduta de dar algo em benefício do titular do direito; conduta de fazer algo em benefício do sujeito ativo[269].

Assim, nota-se que o esquema de "níveis de obrigação" também é perfeitamente aplicável a todo o conjunto de direitos, quer sejam classificados como civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais. Este marco teórico "reforça a unidade entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, pois os distintos tipos de obrigações podem ser encontrados em ambos os pares de direitos", e também contribui diretamente para a exigibilidade e justiciabilidade dos primeiros[270].

Segundo o exposto até aqui, pode-se concluir que as análises que caracterizam os direitos econômicos, sociais e culturais como aqueles que exigem uma ação eminentemente "positiva" ou "prestacional" do Estado são parciais, principalmente na correlação que se faz entre "reserva do possível", "inexigibilidade" e "injusticiabilidade". É o que trataremos a seguir.

---

[268] Lembre-se que a análise pode ser transplantada para o âmbito de um ordenamento jurídico concreto, na medida em que se considera que "direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo" (Alexy), atendendo-se, é claro, às diretrizes traçadas por cada ordenamento na realização desta transformação. É por isso que se afirma que os "direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados a espaço-temporalmente" (Canotilho).

[269] Daniel E. Herrendorf; German J. Bidart Campos, "Principios de Derechos Humanos y Garantías", pgs. 95 e 96. Segundo este critério, em uma relação trabalhista o empregador deve omitir-se de realizar condutas que impeçam o empregado de cumprir sua tarefa. Deve se responsabilizar pelo pagamento de sua remuneração, o que constitui uma obrigação de dar. Também deve inscrever o trabalhador no sistema de seguridade social, o que caracteriza uma obrigação de fazer.

[270] Victor Abramovich y Christian Courtis, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", In In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, pg. 137.

II.3. A chamada "reserva do possível" e a "garantia do mínimo necessário"

Muitas são as discussões acerca das particularidades dos direitos econômicos, sociais e culturais em relação aos direitos civis e políticos, notadamente quanto à sua efetivação, que, em diversas circunstâncias, acaba sendo restringida, quando não completamente anulada, em decorrência de análises parciais, como, por exemplo, aquelas que a submetem, de forma isolada, às condições econômicas vigentes em um país.

Com esta afirmação, não se está negando a interdependência destes direitos com outros fatores de natureza política, econômica e social, mas destacando-se que em diversos momentos o fator econômico acaba sendo utilizado como uma justificativa para o seu descumprimento.

No plano internacional, estas discussões são pontuadas pelo artigo 2.1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que determina:

> "Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a **adotar medidas**, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico**, até o máximo de seus recursos disponíveis**, que visem assegurar, **progressivamente**, por todos os meios apropriados, o **pleno exercício dos direitos** reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas"[271].

[271] Georgenor de Sousa Franco Filho (org.), "Tratados Internacionais", pg. 435. A versão deste artigo em espanhol, pode ser encontrada em "Daniel E. Herrendorf; German J. Bidart Campos, "Principios de Derechos Humanos y Garantías", pgs. 468-479: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga,

Outros importantes instrumentos normativos de âmbito regional foram celebrados com objetivo de complementar o referido Pacto e atender às particularidades de cada região no tocante a estes direitos[272].

Sob essa ótica, há quem entenda que a ratificação deste Pacto **não gera obrigações quanto à aplicação de suas disposições, mas** simplesmente a **adaptação progressiva de sua estrutura social**, o que já origina importantes transformações no âmbito interno[273].

Entretanto, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, através de seus Comentários Gerais[274], esclareceu que o **conceito de realização progressiva** deve ser interpretado à luz do **objetivo geral** do Pacto, que consiste no **estabelecimento de obrigações concretas a cargo dos Estados Partes**. Na mesma direção, encontram-se os chamados *Princípios de Limburgo*[275] e as *Diretrizes de Maastricht*[276].

---

para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocido".

[272] Dentre eles, podemos citar a Carta Social Européia, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (22 de novembro de 1969), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Cabe fazer menção, ainda, à Declaração de Quito, que destaca, dentre outros pontos, que o desconhecimento dos DESC na América Latina, em muitas ocasiões provém de um círculo vicioso, em virtude do qual a pobreza, a iniqüidade e a ausência de desenvolvimento são decorrentes de políticas econômicas que ignoram os direitos humanos (como princípios universalmente aceitos) e o fato de que estes devem pontuar os marcos econômicos de um país e não o contrário. Fonte de Pesquisa: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/desc/quito.html. Data da Pesquisa: 17-08-05.

[273] Carmen Marti de Veses Puig, "Normas internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales", pgs. 305. Ver também Flávia Piovesan, "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", pg. 180 e 195. Para a autora os direitos econômicos, sociais e culturais são "direitos que demandam aplicação progressiva, já que não podem ser implementados sem que exista um mínimo de recursos econômicos disponível (sic), um standard técnico-econômico, um mínimo de cooperação econômica internacional e, especialmente uma prioridade na agenda política nacional". Em conseqüência afirma que "a natureza da obrigação é significativamente distinta da obrigação requerida pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, particularmente pelo seu art. 2º, que confere aplicabilidade imediata aos direitos nele enunciados".

[274] Neste sentido, vide Informe do Comitê de DESC, UN doc. E/1991/23, pg. 83-87.

[275] Os "*Princípios de Limburgo* Relativos à Aplicação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais". É um informe sobre a natureza e o alcance das obrigações dos Estados Partes do referido Pacto, assim como da cooperação internacional, elaborado por um renomado grupo de expertos de direito internacional em Maastricht em 1986. Considera-se que os princípios refletem um consenso sobre ditas obrigações, In "Proyecto de Ley que establece mecanismos para la justiciabilidad de los

Em todos estes instrumentos, a preocupação com a escassez de recursos financeiros foi levada em consideração para atender a um ponto de vista conjuntural. Entretanto, a excessiva importância que se tem dado a esses recursos acaba impossibilitando a efetivação de muitos direitos econômicos, sociais e culturais, mediante a acomodação dos Estados às situações de vulnerabilidade de amplos setores sociais[277].

De tal modo, muitos Estados vêm alegando que, apesar de realizarem inúmeros esforços no tocante à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, suas ações se circunscrevem à "reserva do possível", que, por sua vez, se apresenta "como limite fático" para esta efetivação[278].

Nesse rumo, fulgura a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, que ficou conhecida como "numerus clausus", na qual se discutia sobre o direito de acesso à Faculdade de Medicina:

Derechos Económicos, Sociales Y Culturales", Proyecto de Ley N. 3389, propuesto por el Congresista Javier Diez Canseco, Lima-Perú, julio de 2002. Fonte de Pesquisa: http://listas.rcp.net.pe/pipermail/vigilancia/2002-August/000448.html. Data de Pesquisa: 17-08-05.

[276] "Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales - Maastricht, 22-26 de enero de 1997" – "Introducción. Con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante 'Principios de Limburgo), entre el 22-26 de enero de 1997, se reunió en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan (Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América), y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos). Dicha reunión tuvo como objetivo ampliar el entendimiento de los Principios de Limburgo con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos. Los participantes acordaron unánimemente en las siguientes directrices las cuales, a su entender, reflejan la evolución del derecho internacional a partir del año 1986. Estas directrices tienen como propósito ser de utilidad para todos los que se dedican a conocer e identificar las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y ofrecer recursos a las mismas, y en particular, aquellas entidades encargadas de la vigilancia y administración de justicia a los niveles nacional, regional e internacional".
Fonte de pesquisa: http://www.derechos.org.ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastricht.pdf. Data da pesquisa: 17-08-05.

[277] Jayme Benvenuto Lima Jr., "O Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua Indivisibilidade e Exigibilidade". Fonte de Pesquisa: http://www.revistaautor.com.br/ensaios/02ext2.htm. Data da Pesquisa: 17-08-05. Segundo o autor, esse problema não é exclusivo dos direitos econômicos, sociais e culturais; muitos direitos civis e políticos também carecem de uma ação progressiva, em razão de adentrarem profundamente no comportamento de setores da população ou até de sua maioria.

[278] Vicente de Paulo Barreto, "Reflexões sobre os Direitos Sociais", In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 121.

> "BverfGE 33, 333: Os direitos a prestações (Teilhaberechte) não são garantidos de antemão para qualquer situação existencial (arf das jeweils Vorhandene), senão que permanecem sob a reserva do possível (unter dem Vorbehalt des Möglichen), no sentido de saber o que cada qual pode razoavelmente exigir da sociedade (was der Einzeine vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen Kann). Em primeiro lugar encontra-se sob a responsabilidade do legislador avaliar a pretensão, considerando a economia orçamentária (Haushaltswirtschaft), as outras necessidades da comunidade (andere Gemeinschaftsbelange) e o dispositivo expresso do art. 109, inciso 2, da Constituição, que manda levar em conta o equilíbrio geral da economia (das Gesamtwirtschaftliche Gleichgewichts)"[279].

Vale lembrar que alguns autores, ao se fixarem no argumento de que os direitos econômicos, sociais e culturais "existem sob a reserva do possível", imprimem-lhes uma natureza meramente programática e não vinculante[280].

Contrariamente a esta linha de pensamento, há quem afirme que a teoria da "reserva do possível" é um argumento falacioso, vestido de uma ilusória racionalidade, mas que no fundo desconsidera em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais. Assim, em virtude da integridade dos direitos humanos, o argumento da "escassez de recursos" para a

---

[279] Aqui devo manifestar meus sinceros agradecimentos ao Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que gentilmente me forneceu este trecho da decisão ora transcrita.

[280] Neste sentido, novamente Ricardo Lobo Torres, "Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário", pgs. 179 e 180, para quem somente o critério topográfico estabelecido pela Constituição de 1988 no Título II "não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais".

não observância dos direitos econômicos sociais e culturais acaba afetando tanto estes direitos como os civis e políticos[281].

Traçando um ponto intermediário entre as distintas teses, os "*Princípios de Limburg*" (25-28) e a jurisprudência evolutiva do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhecem explicitamente o seu caráter obrigacional, e afirmam que a escassez de recursos não exime os Estados de certas "**obrigações mínimas**" na sua aplicação[282].

O que se verifica, portanto, é que os Estados não podem recorrer às disposições relativas à "aplicação progressiva" do artigo 2.1 do Pacto (que se consubstancia na "reserva do possível")**,** como pretexto para o descumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais[283]. E, se o fizerem, **deverão comprovar que a obrigação não foi minimamente cumprida por motivos alheios a seu controle**[284].

---

[281] Vicente de Paulo Barreto, "Reflexões sobre os Direitos Sociais", In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 121.

[282] Fonte de Pesquisa: http://www.derechos.org.ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastricht.pdf. Data da pesquisa: 17-08-05. É interessante destacar o posicionamento de Ricardo Lobo Torres, "Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário", pgs. 190, 191 e 192. O autor trabalha com a idéia de um mínimo existencial, mas se afasta da postura adotada nos Príncipios de Limburg e na jurisprudência do referido Comitê. Para ele, o direito ao mínimo existencial se vincula ao *status positivus libertatis*. Diferentemente, os direitos econômicos, sociais e culturais se vinculam ao *status positivus socialis*. Este último *status* se mostra dependente da situação econômica do País e da riqueza nacional, bem como é objeto da legislação ordinária e da política social e econômica. Nesta perspectiva o "*status positivus socialis*", ao contrário do "*status positivus libertatis*", afirma-se de acordo "com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a 'reserva do possível' ou na conformidade da autorização orçamentária". Razão pela qual os direitos econômicos e sociais não se confundem com os direitos de liberdade nem com o mínimo existencial, que, por sua vez, volta-se à proteção das condições iniciais da liberdade e tem como fundamento a dignidade humana, o Estado Democrático de Direito e os princípios fundamentais previstos na CF/88. Por fim, somente este último assumiria o caráter de fundamental.

[283] Fonte de Pesquisa: http://www.derechos.org.ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastricht.pdf. Data da pesquisa: 17-08-05.

[284] Fonte de Pesquisa: http://www.derechos.org.ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastricht.pdf. Data da pesquisa: 17-08-05. Por exemplo, o fechamento temporário de uma instituição de ensino devido a um terremoto constituiria uma circunstância alheia ao controle do Estado, enquanto que a eliminação de um regime de Seguridade Social sem contar com um programa de substituição adequado, demonstraria a falta de vontade política, por parte do Estado, de cumprir suas obrigações.

Assim, para determinar quais ações ou omissões constituem uma violação aos direitos econômicos, sociais e culturais, é importante distinguir entre *a falta de capacidade* e a *falta de vontade* do Estado de cumprir as obrigações que lhes são pertinentes, ainda mais quando sequer se alcançou um patamar mínimo necessário à dignidade de seus cidadãos[285].

Repete-se. Não se pretende negar a interdependência dos direitos econômicos, sociais e culturais aos fatores políticos, econômicos e sociais vigentes em um determinado país, mas tão somente destacar que, na prática, em diversas ocasiões, a dimensão jurídica tem sido relegada a um segundo plano, na medida em que os Estados acabam se escondendo sob o manto da "*obrigatoriedade x disponibilidade financeira*", também conhecida como "reserva do possível".

Centrando a discussão no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem reiterado em seus julgados que "a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade"[286].

---

[285] Aniza Fernanda García Morales, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)", pgs. 11-12 e 47-48.

[286] RTJ n. 175/1212-1213. Fonte de Pesquisa: www.stf.gov.br . Data da Pesquisa: 14-02-06. Também assentou que as regras inscritas na Constituição não podem se converter em promessa inconseqüente, "sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado". Ver os artigos 3; 7,

A referida Corte considerou, ainda, na decisão da Argüição de Preceito Fundamental N. 45:

> "(...) Caráter relativo da liberdade de conformação do Legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da Argüição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (...)"[287].

Neste passo, cabe considerar acerca de outro tema que tem correlação direta com o que foi discutido até então. Trata-se do chamado "princípio da proibição de retrocesso social". Através da aplicação deste princípio, procura-se impedir que o legislador desconstitua pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se trata de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, dependem de normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade.

Isto significa dizer que determinado dispositivo constitucional de índole econômica, social e cultural, uma vez regulamentado, não pode ser revogado pelo legislador sem uma justificativa considerável, prejudicando-se o direito antes reconhecido/concretizado. No direito brasileiro, este princípio vem sendo acolhido notoriamente no campo doutrinário em função da concepção do Estado

---

"a", "i"; 8; 10.3; 13.2, "a"; 13.3; 13.4; 15.3 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. À expressão "por todos os meios apropriados" do artigo 2.1 deve-se dar o sentido que ela possui, qual seja, que entre as medidas apropriadas deveriam estar inseridos os recursos judiciais necessários para fazerem valer direitos os consagrados neste Pacto.
Fonte de pesquisa: http://www.aaj.org.br/Pacto%20Facultativo.htm . Data da pesquisa: 17-08-05.

[287] ADPF – 45. Informativo 345. Fonte de Pesquisa: www.stf.gov.br . Data da Pesquisa: 14-02-06.

democrático de Direito, embora não esteja expressamente previsto no atual texto constitucional[288].

Assim, reconhece-se que o ponto de partida das análises que submetem a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais tão somente à "reserva do possível" é procedente, na medida em que admitem a sua interdependência com outras questões de natureza política, econômica e social. Mas, em seu desenvolvimento elas acabam se mostrando parciais[289] porque não levam em conta os fatores eminentemente jurídicos da questão, especialmente as obrigações deles decorrentes, ainda que expressas em um patamar mínimo.

Nesta linha de raciocínio, um importante estudo demonstra que "todos os direitos são dispendiosos" porque todos eles pressupõem os aportes dos contribuintes para a sua efetivação e monitoramento (*All rights are costly because all rights pressupose taxpeyer funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcment*). Todos os direitos exigem uma resposta afirmativa do governo (*All rights are claims to an affimative governmental response*)[290].

As análises referidas também desconsideram o fato de que estes direitos podem ser positivados com o caráter de fundamental em um determinado texto

---

[288] Neste sentido, vide um interessante estudo de Bernd Schulte. "Direitos Fundamentais, Segurança Social e Proibição de Retrocesso", In Ingo Sarlet (org.). "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pgs. 301 a 332.

[289] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 138. Para o autor, as análises que vinculam as funções "clássicas" dos direitos fundamentais às chamadas liberdades públicas e sujeitam a sua aplicação tão somente à relação "Estado e indivíduo", não deixam de ser "análises parciais dos direitos fundamentais".

[290] Stephen Holmes; Cass R. Sunstein. "The Cost of Rights. – why Liberty depends on taxes", pgs. 43 e 44. Neste estudo, os autores contestam a utilidade da dicotomia entre direitos negativos e positivos e escrevem: "'Where there is a right, there is a remedy' is a classical legal maxim. (...) This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positeve rights. (...) All rights are claims to an affimative governmental response".

constitucional, e que a sua efetivação envolve mecanismos jurídicos e políticos diversos, seja na relação Estado e indivíduo ou na relação entre particulares[291].

Vale a pena lembrar que a relação Estado-cidadão exige uma aplicação imediata dos direitos fundamentais e, mesmo quando a norma de direito fundamental se materialize em um princípio, ou seja, em um mandamento de otimização, ela impõe a sua efetivação dentro das possibilidades fáticas e juridicamente possíveis daquele caso concreto, conforme já estudado no item I.6. Já na relação entre particulares, a aplicação dos direitos fundamentais somente poderá ser imediata quando não houver disposição mediadora ou, se houver, ela não for satisfatória para a solução daquele caso.

Ainda que estas advertências sejam extremamente importantes, muitos autores apontam a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais às condições sócio-econômicas como uma das variantes que dificultam ou impedem a sua efetivação, concluindo, assim, que apesar de sua proclamação formal, estes direitos não são dotados de exigibilidade e justiciabilidade[292].

II.4. O mito da "inexigibilidade" e "injusticiabilidade" dos direitos econômicos, sociais e culturais

Como já se destacou, um dos problemas mais instigantes a serem enfrentados na análise dos direitos econômicos, sociais e culturais diz respeito à sua efetivação/concretização. Esta depende, em grande parte, da adoção de

[291] A sua aplicação também deverá se pautar nos princípios interpretativos, estudados no item I.7.1, que procuram imprimir a máxima efetividade (ou eficácia social) a estas normas. Vide também final do item I.9.

[292] Neste sentido, vide J. L. Cascajo Castro, "La tutela constitucional de los derechos sociales", pgs. 29-42, Apud Benito de Castro Cid, "Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos", pgs. 168, 169 e 177.

"múltiplas e variadas medidas em todos os campos de ação: político, jurídico, social, econômico, cultural, tecnológico"[293].

Assim, há quem defenda que a operatividade[294] jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais está limitada por diversas circunstâncias que dificultam, ou até mesmo impedem, a sua realização efetiva[295]. Mas, como esclarecem Abramovich e Courtis, "o recurso à proteção do bem que se pretende tutelar constitui um elemento central na definição da noção de "direito" - ainda que, como sugerimos, não o único"[296].

Para esses autores, o que qualificará um direito econômico, social e cultural como um "direito", em toda a plenitude da palavra, não é simplesmente o fato da conduta ter sido cumprida pelo Estado ou por particulares, senão também

---

[293] Fonte de Pesquisa: http://www.derechos.org.ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastricht.pdf. Data da pesquisa: 17-08-05.

[294] R. Limongi França (Coord.), "Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 56 – omissão de socorro – papa", pg. 123: "Operar. Verbo que indica o ato de executar, de praticar ou de produzir alguma coisa. Na linguagem jurídica, aplica-se o termo em todos esses sentidos, mas especialmente na acepção de produzir efeitos: 'A sentença só opera efeitos após publicada' (...)".

[295] Para J. L. Cascajo Castro, "La tutela constitucional de los derechos sociales", pgs. 29-42. Estes direitos somente poderão ser plenamente efetivos se forem atribuídos a um número bastante limitado de cidadãos ou se os seus conteúdos forem restringidos a um nível mínimo de satisfação da correspondente necessidade. No mesmo sentido, ver G. Corso "I diritti sociali nella Constituzione italiana", Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1981, pg. 781, para quem os direitos econômicos, sociais e culturais nasceram com uma função corretora ou compensatória das posições desvantajosas em que se encontravam determinados cidadãos dentro do contexto social, daí terem um alcance setorial quanto aos seus destinatários e serem uma carga facilmente suportável pelo resto da sociedade. Contudo, na medida em que são atribuídos à generalidade dos cidadãos, a carga social que representa é tão forte que resulta praticamente impossível equipará-los com a justiciabilidade que, enquanto direitos, lhes corresponderia. Apud Benito de Castro Cid, "Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos", pg. 177-178.

[296] Victor Abramovich y Christian Courtis, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", In In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pgs. 143 e 144. Os autores fazem referência à posição clássica de Kelsen: 'Tal direito no sentido subjetivo somente existe quando no caso de uma falta de cumprimento da obrigação, a sanção que o órgão de aplicação jurídica – especialmente um Tribunal – tem que ditar somente pode se dar por mandato do sujeito, cujos interesses foram violados por falta de cumprimento da obrigação ...".

a possibilidade de reclamar o seu descumprimento "ao menos em alguma medida"[297].

Existem níveis de obrigações comuns a todos os direitos: estes compreendem ao menos uma obrigação de respeito, uma obrigação de proteção e uma obrigação de satisfação. De tal modo que nenhuma categoria de direito é mais ou menos exigível, pois a cada direito correspondem distintos tipos de obrigações exigíveis[298].

É possível perceber, portanto, que o Estado tem a obrigação de efetivar tais direitos, seja através de mecanismos políticos ou jurídicos, e de resguardar o seu cumprimento nas relações entre particulares. Esta obrigação nos conduz à análise de sua "exigibilidade" e "justiciabilidade" (para alguns autores *acionabilidade*)[299].

Exigibilidade pode ser definida como a "qualidade do que é exigível; que se pode exigir"[300]. Na esfera jurídica, figura como "o que pode e deve ser cobrado do devedor ou credor, em decorrência de norma jurídica, de obrigação definida". Então, considera-se que "**o mundo das relações jurídicas é marcado**

---

[297] Victor Abramovich y Christian Courtis, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", In In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 144.

[298] Fonte de Pesquisa: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/desc/quito.html. Data da Pesquisa: 17-08-05. Desta forma, segundo a citada Declaração de Quito, que aponta alguns Princípios sobre a exigibilidade e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, estes direitos "são exigíveis através de diversas vias: judicial, administrativa, política, legislativa".

[299] Benito de Castro Cid, "Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos", pg. 173. Para o autor, "o fator decisivo (desta análise) será sempre a comprovação de que as estruturas jurídicas, econômicas e sociais fazem viável o exercício efetivo destes direitos" Assim, para ele, "por mais solenes e generosas que sejam as declarações destes direitos, se os Estados ou os organismos supra-estatais não chegam a por em prática a política social adequada nem adotam as medidas econômicas necessárias, de pouco vai servir o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais".

[300] Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar; Francisco Manoel de Mello Franco, "Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa", pg. 1284.

pela exigibilidade de atos ou omissões que fazem a tecitura do ordenamento"[301]. (g.n.)

Com o reconhecimento do **caráter jurídico das obrigações decorrentes** dos direitos econômicos, sociais e culturais**, seja na relação Estado-cidadão ou na relação entre particulares,** não se pode negar a sua **exigibilidade**[302] e, muito menos, a sua "justiciabilidade", que deve ser entendida como "a possibilidade de reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento de algumas das obrigações que se derivam de um direito"[303].

Em geral, os principais obstáculos apontados à justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais são: (i) a falta de ações ou garantias processuais concretas que tutelem estes direitos e (ii) a inadequação da estrutura e da posição do Poder Judiciário para exigir o cumprimento de obrigações que disponham de recursos públicos[304].

É justamente neste sentido que muitos autores defendem a aplicação de mecanismos jurídicos como um meio de impulsionar a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que não pode estar submetida tão somente a fatores de ordem econômica[305]. Jean-Michel Servais, por exemplo, defende a

---

[301] Silvio Macedo, In R. Limongi França (Coord.), "Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 35 – execução de coisa certa – extra petita", São Paulo: Saraiva, 1977, pg. 245. Daí porque o traço característico da obrigação jurídica é ser exigível, o que a distingue da obrigação moral.

[302] A exigibilidade pode ser vista também como um processo por meio do qual uma pessoa ou um grupo de pessoas, titulares de direito possam exigir do Estado seu Cumprimento. In "Proyecto de Ley que establece mecanismos para la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales", Proyecto de Ley N. 3389, propuesto por el Congresista Javier Diez Canseco, Lima-Perú, julio de 2002. Fonte de Pesquisa: http://listas.rcp.net.pe/pipermail/vigilancia/2002-August/000448.html. Data de Pesquisa: 17-08-05.

[303] Victor Abramovich; Christian Courtis, "Los derechos sociales como derechos exigibles" – Prólogo, pg. 40.

[304] Victor Abramovich; Christian Courtis, "Los derechos sociales como derechos exigibles" – Prólogo, pg. 40.

[305] Jayme Benvenuto Lima Jr, "O Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua Indivisibilidade e Exigibilidade". Fonte de Pesquisa: http://www.revistaautor.com.br/ensaios/02ext2.htm.

utilização de mecanismos jurídicos nacionais e internacionais para a efetivação destes direitos como uma forma de se garantir a dignidade aos cidadãos, fazendo referência às Cláusulas Sociais em Tratados Internacionais de Comércio[306].

Nesta medida, verifica-se que os Estados Partes devem concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais através de medidas administrativas, legislativas, judiciais, econômicas, sociais e educativas. A **falta de programas** tendentes à sua **implementação**, assim como a **adoção de medidas que visem a sua supressão** ou **redução,** constituem uma ofensa às suas **obrigações**[307]. Eles também produzem efeitos nas relações entre particulares, daí a razão de existirem disposições mediadoras que regulamentem a sua aplicação neste tipo de relação.

Data da pesquisa: 17-08-05, identifica distintos caminhos para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, a saber: o caminho legal (elaboração legislativa e justiciabilidade), o caminho das políticas públicas e sociais (incluindo as chamadas ações afirmativas), e o caminho do monitoramento de metas progressivas. O autor propõe a criação de um remédio jurídico que ele denomina de "Ação de Cumprimento de Compromisso Social". Esse remédio seria destinado a garantir a execução, pelos poderes públicos, de compromissos sociais assumidos em programas ou diretrizes de governo ou de Estado. Nesta Ação seriam questionadas as responsabilidades civil e criminal do administrador público quando este viesse a descumprir (total ou parcialmente), sem justo motivo, os referidos compromissos. Nesse caso, não havendo justificativa plausível para o não cumprimento (como, por exemplo, uma séria crise econômica) do compromisso assumido, o "programa" ou o "plano" se converte em obrigação, a ser garantida a sua execução por via judicial.

[306] Muitos países além de violarem a dignidade de seus cidadãos produzem uma desvalorização do trabalho em âmbito mundial, pois o preço que conseguem imprimir às suas mercadorias, em decorrência da utilização de mão-de-obra semi-escrava, é praticamente insuperável, assim, a palavra de ordem passa a ser competitividade e redução de custos gerados pela contratação de mão-de-obra. Daí o reflexo da atual situação encontrada no mercado de trabalho mundial e da chamada precarização do trabalho. Jean-Michel Servais, *Elementos de Direito Internacional e Comparado do Trabalho*, pg. 22. "O desejo, **a vontade de identificar um denominador jurídico comum no campo do trabalho tem a sua expressão mais recente na reivindicação de se introduzir, nos tratados internacionais de comércio, a chamada cláusula social**, mais precisamente, a inclusão, em acordos econômicos e financeiros de âmbito regional ou universal, **de normas mínimas de trabalho a serem observadas pelos diversos parceiros comerciais**. Os objetivos econômicos e sociais, mais uma vez, se confundem num emaranhado difícil de destrinçar".

[307] Jayme Benvenuto Lima Jr, "O Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua Indivisibilidade e Exigibilidade". Fonte de Pesquisa: http://www.revistaautor.com.br/ensaios/02ext2.htm. Data da pesquisa: 17-08-05.

Aniza Fernanda García Morales, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)", pg. 49. Destaca-se também a importância da participação da sociedade civil nestas políticas e programas, sobretudo para atender às demandas dos grupos menos favorecidos e evitar políticas discriminatórias.

No plano interno, tal discussão assume um caráter completamente distinto a partir do momento em que estes direitos se encontrem positivados[308]. Diante de tal circunstância, Robert Alexy pronuncia que a decisão essencial para os direitos fundamentais (encarados como direitos do homem positivados) é aquela que reconhece amplamente a sua força jurídica vinculativa em forma de justiciabilidade[309].

Logo, pode-se concluir que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não está alheia a outras questões de natureza política, econômica, social. Este fator circunstancial a conecta com a teoria da "reserva do possível", desde que sejam atendidos patamares mínimos[310] de dignidade apurados concretamente em cada caso. Mas não pode se apresentar como um pretexto para o descumprimento desses direitos.

De qualquer forma, estas observações estão voltadas muito mais para a efetivação desses direitos na relação entre o Estado e os cidadãos, do que

---

[308] Ver Victor Abramovich; Christian Courtis, "Los derechos sociales como derechos exigibles". Como se verá mais adiante, este será um ponto importante para a discussão sobre a exigibilidade e, conseqüentemente, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito interno do Estado brasileiro.

[309] Robert Alexy, "Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático", pg. 74. O autor conclui que "se algumas normas da Constituição não são levadas a sério é difícil fundamentar porque outras normas também então devem ser levadas a sério, se isso uma vez causa dificuldades." Na mesma direção, Martin Borowski, "La estructura de los derechos fundamentales", pg. 39, adverte que "deve-se ter muito cuidado na hora de catalogar as normas de direito fundamental como normas vinculantes ou como enunciados programáticos. Se se cataloga uma norma da Constituição como não vinculante, então deve se ter em vista que com isso se dá margem à discussão se todas as demais normas constitucionais têm caráter vinculante e, deste modo, caráter jurídico. Isto pode levar a minar a força vinculante de toda a Constituição. Uma insegurança semelhante acerca da força vinculante das normas que se encontram no nível mais alto do sistema jurídico nacional é inadmissível".
Ver Aniza Fernanda García Morales, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)", pg. 44. Para a autora, se os direitos econômicos, sociais e culturais (e as conseqüentes obrigações impostas aos Estados) forem tomados em sentido amplo, não se mostrarão de fácil justiciabilidade. Porém, se a análise se centrar em um ou em alguns de seus aspectos, a justiciabilidade se mostra possível.

[310] Vicente de Paulo Barreto, "Reflexões sobre os Direitos Sociais", In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 122, faz uma crítica severa à idéia do "mínimo necessário", pois, segundo ele, "em nenhum momento se pode determinar em que reside esse 'mínimo existencial', caindo-se, assim, no argumento do voluntarismo político, onde o mínimo para a vida humana fica a depender da vontade do governante".

propriamente na relação entre os particulares. E é justamente neste primeiro âmbito, em que aparece um outro fator impeditivo à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Trata-se da existência das redes de corrupção estatal, que em muitas ocasiões escondem-se sob o manto da "reserva do possível" e, por que não dizer, da "inexigibilidade" e da "injusticiabilidade" dos mesmos, com o beneplácito da sociedade e dos operadores do Direito.

II.5. A corrupção como fator impeditivo à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais

Sabe-se que através das redes de corrupção estatal, vultosas quantias de recursos públicos são desviadas para a satisfação de interesses pessoais de seus integrantes. Sob uma perspectiva concreta, é possível se comprovar a sua existência, suas formas de atuar e se os recursos comprometidos com a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais são realmente desviados[311].

Para se chegar a tais conclusões é preciso avaliar (i) o total dos recursos públicos arrecadados pelo Estado, (ii) a distribuição orçamentária destinada à implementação de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais,

[311] Alfonso Sabán Godoy, "El marco jurídico de la corrupción", pg. 16. De uma forma geral, o autor afirma que "la corrupción no es sino la utilización de un poder otorgado por un tercero para el interés personal del cesionario, interés distinto del que persigue el titular del poder cedido".

(iii) se estas verbas foram devidamente repassadas, e (iv) se o nível de efetivação destes direitos se deu na proporção esperada[312].

Esta lógica deixa de ser tão exata quando a quantia arrecadada[313] deve ser distribuída entre dois pólos diametralmente opostos - interesses públicos *versus* interesses particulares (de indivíduos ou grupos). Tal situação se agrava em função do cenário econômico mundial extremamente restritivo, já que os recursos públicos não são "suficientes" para, ao mesmo tempo, alimentar as redes de corrupção (que envolvem todas as funções do Estado) e implementar políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais[314].

Atrás das condutas públicas ilegais existem atitudes e procedimentos que acabam gerando um ciclo de corrupção em todos os âmbitos do Estado. O termo "conduta pública ilegal" é utilizado para lembrar que toda conduta corrupta se opõe ao princípio da legalidade imposto à atuação estatal[315].

Por esta razão, "a presença de corrupção na vida pública está diretamente vinculada aos componentes éticos dos grupos sociais que a conformam, entendidos como os valores que, partindo do plano pessoal, traduzem-se em

---

[312] Sobre este tema, ver M. Madeleine Hutyra de Paula Lima, "Corrupção: obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais", Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 8, N. 33, Outubro-Dezembro de 2000, pg. 199.

[313] Excetuando-se aquelas que já estão comprometidas com as dívidas interna e externa do país e, portanto, dificilmente poderão ser desviadas.

[314] Analisando a vinculação clara entre a corrupção e a forma de orçamento do Estado adotado no Brasil, Cláudio Weber Abramo, "Entrevista", Jornal do Advogado, Ano XXXI, N. 300, Novembro de 2005, pgs. 12e 13, ao ser questionado sobre a questão do orçamento no Brasil, respondeu: "Esse é outro fator de corrupção, que vem do fato do orçamento não ser obrigatório no Brasil. O Executivo faz a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) – já começa errado porque deveria ser o Legislativo a fazê-la -, manda para o Congresso, onde recebe emendas. Ela é aprovada e o Executivo não é obrigado a seguir o orçamento. E pode negociar tais emendas, o que torna o orçamento um jogo de chantagens mútuas. E isso surge da não-obrigatoriedade. Se o orçamento se tornar obrigatório, esse mecanismo específico de esculhambação da vida política desaparece. Na LDO para 2006 havia um dispositivo proibindo o presidente da República de descumprir emendas parlamentares. Foi vetado pelo Presidente. Por quê? Porque ele quer ter essa arma. Muito pouco tem de misterioso na corrupção. É só preciso saber para onde olhar".

[315] Alfonso Sabán Godoy, "El marco jurídico de la corrupción", pg. 17.

normas de condutas valoradas positivamente por esses grupos. Conseqüentemente, “por trás de todos os casos de corrupção pública existe uma cumplicidade privada”[316].

De fato, os Estados em que tais redes de corrupção estão alastradas possuem uma capacidade financeira superior para a implementação de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais àquela oficialmente divulgada. Esta situação poderia ser alterada se houvesse uma dedicação séria à suplantação desta prática social criminosa e ao atendimento das necessidades básicas dos cidadãos mais carentes[317].

A falta de fiscalização eficaz da administração pública e a impunidade permitem e, de certo modo, contribuem para a prática desses atos ilícitos. A estes fatores devemos associar o completo descaso dos governantes quanto ao dever de promover a educação em seus países, pois, para esses fins ilícitos, nada melhor do que uma população alienada e com total desconhecimento de seus direitos e, principalmente, dos deveres do Estado[318].

Neste aspecto, os operadores do Direito, convenientemente, têm se amparado em fatores políticos e econômicos, ou até mesmo em princípios como a separação dos poderes para se eximirem da parcela de responsabilidade que lhes compete quanto ao estado de pobreza em que vivem milhões de pessoas em todo o mundo.

---

[316] Alfonso Sabán Godoy, “El marco jurídico de la corrupción”, pg. 15 e 57.

[317] Esta diretiva também se aplica ao contexto brasileiro, ainda que pese o alto gasto público decorrente da política econômica de juros altos para atrair capital estrangeiro especulativo e que fomente o endividamento externo.

[318] Fonte de Pesquisa: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/desc/quito.html. Data da Pesquisa: 17-08-05. Na mesma direção, a Declaração de Quito aponta para a necessidade dos governos adotarem “medidas eficazes para erradicar a corrupção nas funções públicas, especialmente no manejo dos orçamentos, penalizando estas condutas”.

De todas as formas, o arcabouço jurídico, político e social da maioria dos Estados que se denominam Democráticos de Direito seria satisfatório para garantir condições mínimas de dignidade aos seus cidadãos, não fosse pela corrupção moral que atinge a sociedade como um todo. Estas constatações devem ser trazidas para o cenário brasileiro, na medida em que em nossa sociedade os interesses "particulares" têm preponderado sobre o interesse da coletividade e, nesta medida, vigorado o entendimento de que "os fins sempre justificam os meios".

Todas as discussões realizadas até aqui sobre os direitos econômicos, sociais e culturais repercutem nas posturas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais adotadas em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

II.6. A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais no ordenamento jurídico brasileiro

O tema, ora em análise, envolve inúmeras discussões, dentre elas a institucionalização dos direitos, pois é a partir deste ato que se poderá reconhecer o seu caráter normativo - vinculante. Nesta medida, Robert Alexy reconhece que os direitos do homem "devem ser transformados em direito positivo para que seu cumprimento seja garantido"[319].

Centrando o debate nos direitos econômicos, sociais e culturais, verifica-se que a sua institucionalização "pode se dar em dois planos principais: o

[319] Robert Alexy, "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático – Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional", pgs. 57 – 58.

nacional e o internacional, haja vista a transformação de Pactos Internacionais em direito intra-estatal por numerosos Estados"[320].

Em muitos dos países que se circunscrevem ao círculo romano-germânico, os Tratados de Direitos Humanos[321] alcançaram uma posição de destaque em suas Constituições, que prevêem regras claras sobre a aplicação e interpretação destas normas no plano interno[322]. Dentre eles, podemos citar Alemanha[323], Portugal[324] e Espanha[325].

No Brasil, porém, a posição normativa (ou hierárquica) que os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos assumem no plano interno e as obrigações deles decorrentes não são tão claras. O tema suscita discussões tanto no plano doutrinário como jurisprudencial.

---

[320] Robert Alexy, "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático – Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional", pgs. 57 – 58.

[321] Utilizando as explicações de José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", pg. 178: " (...) o termo "tratado" deve ser tomado no contexto do art. 5º, §2º, em sentido genérico, para abranger todos os acordos internacionais sobre os direitos humanos – ou seja, declarações, convenções, pactos, protocolos e outros atos internacionais".

[322] Carlos Roberto Husek, "Curso de Direito Internacional Público", p. 23-24. Os Estados ao regularem as relações entre a ordem interna e a internacional, guiam-se por critérios distintos que, abstraindo divergências secundárias, redundam em duas concepções fundamentais – a concepção monista e a concepção dualista. O autor explica que para os monistas o Direito Internacional e o Interno são dois ramos de um único sistema, "defendendo uns o primado do primeiro, e outros, a primazia do segundo". Diferentemente, para os dualistas o Direito Internacional e o Interno consistem em dois sistemas independentes, razão pela qual, uma norma interna não teria que estar necessariamente em sintonia com a ordem internacional.

[323] A Constituição alemã determina em seu artigo 25 que "as normas gerais do Direito das Gentes constituem parte integrante do Direito Federal; terão primazia sobre as leis e criarão direitos e deveres de forma imediata para os habitantes do território federal". Ver "LEY FUNDAMENTAL PARA LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA, de 23 de MAYO de 1949. Fonte de Pesquisa: www.constitucion.es/otras_constituciones/ . Data da Pesquisa: 24-07-04.

[324] Por sua vez, a Constituição Portuguesa de 1976, no artigo 16º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais), números 1 e 2, estabelece que "os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional", e que "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem". Fonte de Pesquisa: http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/. Data da Pesquisa: 07-01-06.

[325] Seguindo a mesma diretriz, a Constituição Espanhola de 1978 determina em seu artigo 10, número 2, que "as normas relativas aos direitos fundamentais e as liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados pela Espanha". In "Constitución y Tribunal Constitucional", pg. 28.

II.6.1. Os reflexos das normas internacionais de direitos econômicos, sociais e culturais na ordem interna

Segundo José Afonso da Silva, no direito brasileiro existem basicamente três posições interpretativas que defendem "a superioridade do tratado; a superioridade da lei interna e a paridade entre ambos"[326]. Na mesma direção, Flávia Piovesan explica que "no próprio âmbito do Supremo Tribunal Federal a matéria também não se encontra pacificada". A posição majoritária defende a paridade hierárquica entre tratado e lei federal[327].

---

[326] José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", pgs. 403-404. Flávia Piovesan, "Reforma do Judiciário e Direitos Humanos", In André Ramos Tavares; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (Coords.), "Reforma do Judiciário: analisada e comentada – Emenda Constitucional 45/2004", pg. 69, diferentemente, aponta quatro correntes interpretativas que defendem: "(a) a hierarquia supraconstitucional destes tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal". Nagib Slaibi Filho, "Reforma da Justiça", pg. 36, explica com clareza acerca destas quatro correntes: "um primeiro posicionamento sustentava que os tratados relativos aos direitos humanos encontravam-se em um patamar acima da própria Constituição. Havia também, forte corrente doutrinária apontando àquela espécie de tratados um perfil constitucional, ou seja, os tratados (de direitos humanos) seriam como normas constitucionais. Uma posição um pouco mais conciliadora sustentava que os tratados de direitos humanos encontravam-se em posição inferior à Constituição, porém acima da lei ordinária". Contudo, uma última posição firmada pelo Supremo Tribunal foi no sentido de "equiparar" os mencionados tratados à legislação ordinária. Cançado Trindade defende o primado da norma que oferece maior proteção aos direitos humanos, seja de origem internacional ou interna. Para ele, não existe qualquer obstáculo jurídico para a devida aplicação destas normas e sim um descaso do poder público, em particular, do Poder Judiciário (com raras e honrosas exceções). Fonte de Pesquisa: http://www.revistaautor.com.br/ensaios/02ext.htm. Data da Pesquisa: 17-08-05. Seguindo a mesma diretriz, Carla Pinheiro, "Direito Internacional e Direitos Fundamentais", pgs. 55, 56 e 77, entende que a Constituição de 1988, na medida em que erigiu a dignidade humana como um dos seus fundamentos (artigo 1º, inciso III) e estabeleceu o princípio da aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais (artigo 5º, §2º), determinou que o método mais adequado para a solução do conflito entre as normas de Direito Fundamental seria aquele que privilegiasse a escolha da norma mais benéfica ou do dispositivo mais favorável à vitima. Além do que, defende a inconstitucionalidade da interpretação que defende a paridade entre os tratados internacionais de Direitos Humanos e a legislação infraconstitucional".

[327] A questão ganhou relevância prática quando os Tribunais Superiores foram chamados a se manifestar sobre a subsistência, ou não, da prisão cível do depositário infiel. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 77.631-5 (analisa um conflito entre o Pacto de São Jose da Costa Rica, artigo 7º, §7º e o art. 5º, inciso LXVII da CF, uma vez que a norma internacional limita a hipótese de prisão civil ao caso do devedor de alimento) determinou que a norma internacional estava prejudicada, por se tratar de norma geral em relação à norma especial da Constituição Federal (lex especialis derogat legi generali). Na mesma direção, vide também RE 344585 – RS, 1ª Turma, Rel. Ministro Moreira Alves. Mas, conforme esclarece Flávia Piovesan, "Reforma do Judiciário e Direitos Humanos", In André Ramos Tavares; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (Coords.), "Reforma do Judiciário: analisada e comentada – Emenda Constitucional 45/2004", pg. 69 e nota 3, há também "posições favoráveis à hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, bem como à hierarquia infraconstitucional, porém supralegal destes, nos termos do art. 5o, § 2o, da Constituição de 1988". No julgamento do HC 82.424-RS, o Ministro Carlos Velloso se manifesta em favor da hierarquia constitucional dos tratados de proteção de direitos humanos.

De todas as formas, este debate deve se pautar no novo contexto traçado pelo §3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988[328], juntamente com os parágrafos 1º e 2º deste mesmo artigo[329], que determinam respectivamente:

> "§1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".
>
> "§2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".
>
> "§3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Para uma parte da doutrina, "com o advento do §3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais"[330].

Já no HC 79.785-RJ, o Ministro Sepúlveda Pertence se mostra favorável à corrente que sustenta a hierarquia supralegal, mas infraconstitucional dos tratados de direitos humanos.

[328] A Proposta de Emenda Constitucional N. 45, que cuidou da reforma judiciária, foi aprovada e promulgada em 08 de dezembro de 2004, entrando em vigor na data de publicação - 31 de dezembro do mesmo ano.

[329] Ver Antônio Augusto Cançado Trindade, Prefácio do livro de Jayme Benvenuto Lima Jr., "Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais".
Fonte de Pesquisa: http://www.revistaautor.com.br/ensaios/02ext.htm. Data da Pesquisa: 17-08-05. Segundo o autor, este artigo resultou de sua proposta à Assembléia Nacional Constituinte, em audiência pública do dia 29 de abril de 1987. Ver Atas das Comissões da Assembléia Nacional Constituinte, Volume 1, Brasília, n. 66 (supl.), 27.05.1987, pp. 109-116, esp. p. 111.

[330] Discute-se, inclusive, acerca da problemática da retroatividade do §3o do artigo 5º em relação aos Tratados de Direitos Humanos anteriormente ratificados pelo Brasil. Neste sentido, alguns autores defendem que "não há que se falar em retroatividade de norma, conforme asseguram o art. 5º, XXXVI, da CF e o art. 6o da Lei de Introdução do Código Civil, que dispõem que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada". Neste sentido, vide Amélia Regina Mussi Gabriel, "Hierarquia Jurídica da Norma Internacional de Direitos Humanos em Face do art. 5º, § 3º, da Constituição Brasileira", pg. 257, 259 e 263. A autora destaca, ainda, o disposto no artigo 11 da Convenção de Havana, sobre Tratados, de 1928 (âmbito regional americano): 'Tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda quando se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes'. Ver também Flávia Piovesan, "Reforma do Judiciário e Direitos Humanos", In André Ramos Tavares; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (Coords.), "Reforma do Judiciário: analisada e comentada – Emenda Constitucional 45/2004", pg. 72, que destaca que o Brasil ratificou a Convenção contra a Tortura desde 1989 e está em vias de ratificar o seu Protocolo Facultativo. Assim, "não haveria qualquer razoabilidade se a este último – tratado complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida hierarquia constitucional, enquanto ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico". Infelizmente não

Com isto, quer-se dizer que, apesar de todos os tratados internacionais de direitos humanos serem materialmente constitucionais[331] por força do § 2º do art. 5º, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, estes poderão assumir "a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se as emendas à Constituição, no âmbito formal"[332].

Esta discussão ganha destaque na medida em que se considera, como se tem feito até aqui, que os direitos humanos ao serem positivados em um determinado ordenamento podem assumir o caráter de fundamental.

José Afonso da Silva, antes mesmo da inserção do citado § 3º, do artigo 5º, anotava que "os direitos consagrados nos tratados de Direitos Humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se ao elenco dos Direitos Fundamentais", a partir do ato de ratificação, por força dos § 1º e 2º do artigo 5º[333]. Slaibi Filho parece defender este ponto de vista, quando sustenta que "os parlamentares

---

se pode assegurar que o Supremo Tribunal Federal aceitará tal entendimento, pois, como visto, a posição majoritária adotada tem sido no sentido de que os tratados de direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico brasileiro equiparam-se à lei ordinária.

[331] Vide item I.8.

[332] Flávia Piovesan, "Reforma do Judiciário e Direitos Humanos", In André Ramos Tavares; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (Coords.), "Reforma do Judiciário: analisada e comentada – Emenda Constitucional 45/2004", pg. 72. Neste sentido, José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", pg. 179, entende que o § 3º estabeleceu critérios para que a norma internacional de direitos humanos tenha natureza constitucional formal em nosso ordenamento jurídico, o que, ao seu ver, "é uma pena, porque a incorporação automática, como direito constitucional, seria uma forma de destacar seu valor para além das circunstancias de lugar e tempo". Mesmo assim, destaca a natureza constitucional material que permeia todas as normas sobre direitos humanos.

[333] José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", pg. 178, explica que "na sistemática constitucional (brasileira), os tratados, acordos e atos internacionais só se convertem em regra jurídica interna se, após a assinatura por preposto do Poder Executivo, forem referendados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República. A **ratificação** é o ato que confirma a participação do Brasil nesses acordos e atos internacionais. A diferença é que, no caso dos tratados de direitos humanos, têm estes vigência interna imediata, sem intermediação legislativa; ingressam na ordem jurídica nacional no nível das normas constitucionais e, diretamente, criam situações jurídicas subjetivas em favor dos brasileiros e estrangeiros residentes no país". Na mesma direção, Carla Pinheiro, "Direito Internacional e Direitos Fundamentais", pg. 74, manifesta que segundo o art. 84, VIII da Constituição de 1988 "é da competência do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais. Assim, o Presidente da República celebra um tratado quando ele consente, tomando este consentimento forma de ratificação. (...) a partir dessa ratificação, seguida do referendo do Congresso Nacional – segunda parte do art. 84, VIII – os tratados de Direitos Humanos passam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro". Esta análise deve ser conjugada com o artigo 49, inciso I da Constituição de 1988.

poderão propor a transformação do dispositivo em comento, o qual também se beneficia da aplicabilidade imediata a que se refere o §1º do mesmo art. 5º"[334].

Nesta medida, a análise conjunta dos já citados parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição de 1988 nos autoriza a concluir que os direitos originários de Tratados de Direitos Humanos assumem o caráter de fundamental em nosso ordenamento jurídico quando a aprovação destes instrumentos se der nos moldes estabelecidos pelo §3º. Este novo requisito talvez seja um excesso de zelo que, como se sabe, procura encerrar a celeuma sobre a posição normativa (ou hierárquica) destas normas no plano interno.

Mesmo assim, independentemente da posição hierárquica que a norma internacional de direitos humanos assume no plano interno, seja constitucional (e, portanto *jusfundamental*) ou infraconstitucional, ela gera obrigações concretas ao Estado e aos particulares[335].

II.6.2. As obrigações decorrentes das normas internacionais de direitos econômicos, sociais e culturais

Como se observou no item II.2., as obrigações pertinentes aos direitos humanos podem se agrupar em *três classes de condutas*, coincidentes com as do direito civil, que se materializam em **omissão de conduta**, em **conduta de dar** e, por fim, em **conduta de fazer**[336].

---

[334] Nagib Slaibi Filho, "Reforma da Justiça", pg. 39.
[335] Vide itens II.2.
[336] Daniel E. Herrendorf; German J. Bidart Campos, "Principios de Derechos Humanos y Garantías", pgs. 95 e 96. Nestas condutas, exige-se, respectivamente, que o Estado e, em determinados casos, os particulares (i) se omitam de realizar uma conduta que viole determinado direito ou que impeça o exercício deste; (ii) dêem algo em benefício do titular do direito e (iii) façam algo em benefício do sujeito

Seguindo esta linha de raciocínio, entende-se que elas correspondem no plano nacional[337] às obrigações de dar, às obrigações de fazer e às obrigações de não-fazer, que podem ser perfeitamente aplicadas aos direitos econômicos, sociais e culturais[338].

As orientações de Clovis Bevilaqua indicam que "os direitos obrigacionais consistem, exclusivamente, em prestações, actos positivos ou negativos, pelo que se fixam no acto, ou facto, a ser executado, e somente podem ferir a pessoa, que se acha vinculada pela obrigação no momento de ser cumprida"[339].

O ilustre autor esclarece que "mesmo em outras repartições do direito, no constitucional, no administrativo, no criminal e no internacional, repercute a teoria das obrigações. Basta afirmá-lo para deixá-lo provado, tão evidente é esse asserto"[340].

Para José Afonso da Silva, o Tratado Internacional quando referendado, ratificado e promulgado "se torna um compromisso obrigatório do Brasil (...) e,

---

ativo de um determinado direito. Willis Santiago Guerra Filho, "Teoria Processual da Constituição", pg. 136, referindo-se ao Prof. Lourival Vilanova, lembra que "o direito positivo se exprime através de locuções 'estar facultado a fazer ou omitir', 'estar obrigado a fazer ou omitir', 'estar impedido de fazer ou omitir', donde o caráter prescritivo de suas normas".

[337] Reguladas pelo Código Civil Brasileiro de 2002, na Parte Especial, Livro I – Dos Direitos das Obrigações, Título I – Das Modalidades das Obrigações.

[338] Em certos casos a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais pode estar vinculada (ou não) a direitos de natureza civil e política. Neste sentido, ver Cris Courtis e Victor Abramovich, "Los derechos sociales como exigibles", pgs. 200 a 220. Os autores comentam: "Reconhecida a interdependência de direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, em muitos casos as violações dos primeiros afetam aos segundos e vice-versa. (...) Deste modo, resulta possível aceder à tutela judicial em situações de flagrante violação de um direito social. A estratégia pode adotar ao menos duas variantes. (...) Uma primeira variante desta estratégia consiste em 'recontextualizar' ou 'traduzir' a violação de direitos econômicos, sociais e culturais, em violações a direitos civis e políticos, cuja justiciabilidade não está em dúvida. A conexão teórica e prática entre alguns destes direitos resulta óbvia: por exemplo, o direito a vida e o direito a saúde". Como veremos adiante, aqui também se insere o direito ao trabalho.

[339] Clovis Bevilaqua, "Direito das Obrigações", pg. 23.

[340] Clovis Bevilaqua, "Direito das Obrigações", pg. 24.

assim, de aplicação obrigatória pelos Tribunais do país e sujeito à apreciação de sua constitucionalidade (art. 102, III, b)”[341].

Neste ponto, vale lembrar que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 226, em 1991[342] e promulgado pelo Decreto n. 591, em 1992[343] (DO de 07.12.1992)[344], o que permite afirmar que o Estado brasileiro assumiu obrigações concretas quanto à realização destes direitos no plano interno, independentemente de sua posição hierárquica.

Assim, conclusivamente, reconhece-se o caráter obrigacional das normas internacionais de direitos humanos incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com natureza constitucional (e, portanto, *jusfundamentais*) ou infraconstitucional. Tal perspectiva autoriza o Poder Judiciário a impor sanções, tanto ao Estado como aos particulares, quando se verifique o descumprimento de obrigações de dar, fazer, e não-fazer pertinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Estes dois âmbitos de aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais abarcam particularidades consideráveis, chegando alguns autores até mesmo a negar este último[345]. Por esta razão, eles serão analisados separadamente a seguir.

---

[341] José Afonso da Silva, “Comentário Contextual à Constituição”, pg. 403.
[342] Data: 12.12.1991.
[343] Data: 06. 07.1992.
[344] Georgenor de Souza Franco Filho (org.), “Tratados Internacionais”, pg. 434.
[345] Vide item I.9.

II.6.3. Os direitos econômicos, sociais e culturais na relação "Estado-cidadão"

Quando se trata de discutir acerca da efetivação destes direitos, inevitavelmente, esbarra-se no argumento pragmático de que é "impossível compelir o Estado a providenciar, a todos os que demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade e outras prestações dessa natureza"[346].

Segundo adverte Fabio Comparato, "ainda que o Estado não disponha de condições materiais para atender à totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem, não obstante, inquestionavelmente, o dever constitucional de colocar em prática, com todos os meios ao seu alcance, as políticas públicas dirigidas à consecução desse objetivo e o desempenho dessa relevante função estatal não está, de modo algum, submetido à reserva do possível"[347].

Sob esta perspectiva, "não se trata de saber se o Estado tem ou não condições para garantir direitos econômicos, sociais e culturais a todos os cidadãos, mas sim de verificar se os Poderes Públicos desenvolvem ou não

---

[346] Fabio Konder Komparato, "O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", In Eros Roberto Grau; Sérgio Sérvulo da Cunha (org), "Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva", pg. 249. Por esta razão, o autor considera que "o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública", e não apenas obrigações positivas (e negativas) impostas aos Poderes Públicos.

[347] Fabio Konder Komparato, "O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", In Eros Roberto Grau; Sérgio Sérvulo da Cunha (org), "Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva", pg. 250.

programas de ação que visem de fato a concretização de tais direitos. Perspectiva que torna a questão inteiramente de direito e não mais de fato”[348].

Diante disso, as entidades da Federação não podem adiar, “sem a comprovação objetiva de sua incapacidade econômico-financeira”, a realização de políticas públicas “tendentes à progressiva melhoria do nível e da qualidade de vida de todos os segmentos da população”, especialmente daquelas que se destinem à efetivação de direitos fundamentais[349].

II.6.3.1. Os direitos econômicos, sociais e culturais e as políticas públicas

A política pública se traduz em “um programa de ação governamental” que se materializa “numa série ordenada de normas e atos conjugados para a realização de um determinado objetivo”[350].

Ela pressupõe uma meta a ser alcançada através de um conjunto de instrumentos - pessoais, institucionais e financeiros - aptos à consecução desse resultado, que tomam formas de leis, decretos regulamentares ou normativos, portarias, atos ou contratos administrativos da mais variada espécie. Este

---

[348] Fabio Konder Komparato, “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, In Eros Roberto Grau; Sérgio Sérvulo da Cunha (org), “Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva”, pg. 250.

[349] Fabio Konder Komparato, “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, In Eros Roberto Grau; Sérgio Sérvulo da Cunha (org), “Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva”, pg. 252. A parte inicial deste parágrafo, citada entre aspas foi retirada do Voto do Senhor Ministro Celso de Mello, Relator do AG. REG. RE 410.715-5.

[350] Segundo Fabio Konder Comparato, “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, In Eros Roberto Grau; Sérgio Sérvulo da Cunha (org), “Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva”, pg. 248, a extensão da noção jurídica de política pública “é devida, sobretudo, a Ronald Dworking, que as apresentou em sua conhecida obra Taking Rights Seriously (Capítulo 3º), para demonstrar as insuficiências da visão positivista”. Como se sabe, o termo em inglês é “Policy”, cuja correspondência se encontra também na antiga linguagem jurídica portuguesa. Neste sentido, o autor, na nota de rodapé n. 8, faz uma interessante citação acerca do uso do termo “polícia” nas legislações portuguesa e brasileira de 1828.

complexo de normas e atos jurídicos está sujeito à finalidade do ato, que pode ser eleita pelos Poderes Públicos ou a eles imposta pela Constituição ou por leis[351].

Neste sentido, a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais implica o compromisso de que todas as medidas tendentes à realização dos mesmos - legislativas, judiciais, administrativas, econômicas, sociais e educacionais - sejam realizadas pelos poderes públicos, sob a fiscalização e controle dos órgãos competentes.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou neste sentido em recente decisão:

> "(...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (...)"[352].

---

[351] Fabio Konder Komparato, "O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", In Eros Roberto Grau; Sérgio Sérvulo da Cunha (org), "Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva", pgs. 248 e 249. A doutrina é unânime em afirmar que direitos econômicos, sociais e culturais vinculam o legislador infraconstitucional, exigindo deste um comportamento, tanto positivo como negativo, na concretização do desiderato constitucional, por meio da regulamentação dos serviços e políticas públicas. Segundo Juliana Maia (org.), "Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo", pg. 210: "exigem, também, que, ao regulamentar tais direitos, o legislador o faça respeitando o denominado 'núcleo essencial', isto é, sem impor condições absurdas ou que tornem impraticável o direito previsto pelo constituinte, sob pena de inconstitucionalidade".

[352] Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 410.715-5 SÃO PAULO. Relator: Min. Celso de Melo. Agravante: Município de Santo André. Agravados: João Guilherme de Assis e Ministério Público do Estado de São Paulo. 22/11/2005. Fonte de Pesquisa: www.stf.gov.br . Data da Pesquisa: 17-02-06.

I.6.3.2. A fiscalização das políticas públicas pela sociedade via Poder Judiciário

Restando claro que o Estado tem a obrigação de implementar políticas públicas que promovam a garantia mínima de direitos econômicos, sociais e culturais, notadamente aqueles elevados à categoria de fundamentais pelo atual texto Constitucional, neste passo, cabe discutir sobre os limites à discricionariedade do administrador público na implementação destas políticas[353].

Como se sabe, tais políticas são desenvolvidas com recursos públicos que se submetem a três modalidades de orçamento, previstas na Constituição de 1988: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (art. 165 da CF/88). Sendo certo que o primeiro representa uma "síntese do conjunto de políticas públicas a cargo da unidade da Federação"[354].

Assim, há quem entenda que a liberação das verbas orçamentárias vinculadas à realização dessas políticas não é matéria que entre na esfera de discricionariedade administrativa. Esta não se submete a nenhum juízo de conveniência ou oportunidade e se configura em ato de administração vinculada[355].

---

[353] Celso Antônio Bandeira de Mello, "Discricionariedade e Controle Judicial", pg. 48, apresenta o seguinte conceito de discricionariedade: "é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente".

[354] Fabio Konder Komparato, "O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", In Eros Roberto Grau; Sérgio Sérvulo da Cunha (org), "Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva, pg. 256.

[355] Lucia Valle Figueiredo, "Ação Civil Pública. Ação Popular. A defesa dos Interesses Difusos e Coletivos. Posição do Ministério Público", pg. 27. Esta discussão se dá basicamente quanto ao uso dos recursos públicos e os limites à discricionariedade do administrador na execução de políticas de natureza econômica, social e cultural.

Desse modo, sustenta-se que "o orçamento não é uma peça livre para o administrador; existem valores que são priorizados pelas Constituições (Federal e Estadual). Aqui, também, por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que (...) foi constitucionalmente fixada"[356].

Diante disso, afirma-se que todas as receitas destinadas à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais "devem ser claramente discriminadas nos orçamentos, de modo a facilitar o controle do cumprimento das metas e objetivos fixados nos planos plurianuais"[357].

Essa observação nos remete a uma outra questão: a inatividade dos Poderes Públicos quanto ao dever constitucional de implementar direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais legitima o cidadão a exigir judicialmente o seu cumprimento[358].

Uma primeira corrente utiliza três argumentos para recusar tal possibilidade: (i) o mérito do ato discricionário não é passível de controle judicial, (ii) esta imposição judicial fere o princípio da tripartição dos poderes, e (iii) a falta de previsão orçamentária para a execução de políticas públicas impede tal análise[359].

---

[356] Lucia Valle Figueiredo, "Ação Civil Pública. Ação Popular. A defesa dos Interesses Difusos e Coletivos. Posição do Ministério Público", pg. 27.

[357] Fabio Konder Komparato, "O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", In Eros Roberto Grau; Sérgio Sérvulo da Cunha (org), "Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva", pg. 256.

[358] Elaine Martins Parise, "O Papel do Poder Judiciário e do Ministério Público na Implementação de Políticas Públicas", In Dayse Starling Lima Castro (Org.), "Direitos Difusos e Coletivos: coletânea de artigos", pg. 48. A "a omissão ou ineficácia do Estado na efetivação das políticas públicas, levada ao conhecimento do Poder Judiciário deu origem à chamada politização do Judiciário ou de judicialização da política". Os instrumentos jurídicos utilizados para tais questionamentos são a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Adin, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção e a Ação Civil Pública.

[359] Antônio Carlos de Araújo Cintra, "Motivo e motivação do ato administrativo", pg. 50-51 Apud Elaine Martins Parise, "O Papel do Poder Judiciário e do Ministério Público na Implementação de Políticas

Uma segunda postura, antagonicamente, reconhece a possibilidade e o dever do Poder Judiciário apreciar as demandas que versem sobre a efetivação de direitos econômicos sociais e culturais fundamentais, pois, neste caso, resta ao administrador público uma parcela mínima de discricionariedade[360].

O Supremo Tribunal Federal se dedicou à análise deste tema em distintas ocasiões e em uma delas concluiu:

> "A educação infantil, **por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental**"[361].

Públicas", pg. 51 e 51. O poder discricionário confere ao administrador o direito de escolha entre diversas alternativas válidas. Conseqüentemente, a sua condenação em obrigação de fazer, ou a sua substituição pelo poder judiciário constitui uma invasão, o que afronta o princípio da separação dos poderes. Segundo Cintra, o Poder Judiciário tende a conter o seu controle natural sobre os atos administrativos, numa auto-restrição que conduz à abertura de uma área de discricionariedade administrativa delimitada pela jurisprudência, "mas informada por um certo casuísmo que permite a interferência judicial sempre que a decisão executiva seja aberrante dos princípios da justiça". Ver também Geraldo Magela e Silva Meneses. "Limites ao Poder Jurisdicional na Perspectiva do Direito Brasileiro". Estes foram uns dos fundamentos do pedido do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5 – São Paulo - STF, já citado anteriormente: "(...) Os deferimentos das medidas liminares e das R. Sentenças obrigando as matrículas de crianças em creches, adequando o Estatuto da Criança e do Adolescente à realidade fática, não pode vigorar, pois essa disposição configura indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário do Executivo, o que difere do poder jurisdicional daquele em analisar a legalidade dos atos administrativos praticados pela Administração. (...) A questão 'sub judice' envolve controvérsia de alta relevância constitucional, superior ao teor de Súmulas, e a matrícula de milhares de crianças em algumas unidades de creches envolve questões de orçamento e disponibilidade do Erário Público, com dotação específica para a implementação de meios à concretização das medidas pleiteadas, o que impõem a intromissão do Judiciário nos poderes discricionários do Executivo, violando, sobremaneira, o já mencionado art. 2º do Texto Fundamental". Fonte de pesquisa: www.stf.gov.br . Data da Pesquisa: 03.02.06.

[360] Nesta direção, ver Diomar Ackel Filho, "Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública", pg. 53: "(...) torna-se visível a evolução dinâmica do Direito, contemplando a discricionariedade na sua devida posição, não como patestas impenetrável do titular do poder, mas como dever jurídico orientado pela legalidade e princípios que basilares que direcionam toda a atividade administrativa no rumo das exigências éticas dos administrados, traduzidas em obrigações de moralidade, racionalidade, justiça e plena adequação da conduta pública ao bem comum".

[361] Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 410.715-5 São Paulo. Logicamente, este raciocínio dever ser estendido a todos os direitos de natureza econômica, social e cultural elevados à categoria de fundamentais. Fonte de Pesquisa: www.stf.gov.br . Data da Pesquisa: 17-02-06.

Nesta medida, também concordamos com o argumento de que os atos discricionários se sujeitam a um controle judicial[362]. A sociedade não pode ser penalizada com a falta de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais, enquanto que a "inatividade" ou a "ilegalidade" das ações dos poderes públicos se encontram protegidas sob o manto da "discricionariedade".

É interessante destacar que no direito espanhol se reconhece amplamente que "o ponto de partida já não é a isenção, senão a sujeição ao controle judicial dos atos discricionários da Administração e esse controle é um controle normal, e não excepcional, como havia sido historicamente. Não é de se estranhar, portanto, que neste novo marco constitucional a jurisprudência do Tribunal Supremo advertisse ainda nos primeiros 'oitenta' a necessidade de acomodar ao mesmo a herança recebida e de o realizar a partir dessa capital distinção entre a discricionariedade legítima e a arbitrariedade constitucionalmente proscrita"[363].

Rodolfo Mancuso está com a razão quando sustenta que a idéia de "tripartição dos poderes", elaborada por Montesquieu, "não tem hoje a mesma justificativa inicial (ir contra uma poder monárquico)". Este princípio,

---

[362] Neste sentido, Marília Lourido dos Santos. "Políticas Públicas (econômicas) e Controle", pg. 276: "dessa forma, o controle judicial deixa de significar uma ampliação no Juízo de Oportunidade e Conveniência da Administração, ou seja, não significa uma 'invasão de competência', pois não se concebem as questões meramente como 'questões políticas' ou 'mérito administrativo', cuja análise deve escapar ao Poder Judiciário".

[363] Tomás Ramón Fernández, "Arbitrariedad y discricionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa" In José Manuel Bandrés Sánches-Cruzat, "Constitución y control de la actividad administrativa", pg. 65. O autor faz menção direta aos artigos 93 (princípio geral de interdição da arbitrariedade), 103 (submissão plena da Administração à lei e ao Direito),106.2 (controle pelos Tribunais da legalidade/juridicidade da Administração).

atualmente, deve ser entendido mais como uma interdependência, do que independência total dos órgãos do Estado[364].

Um dos principais fatores a serem considerados nesta discussão é o que o Poder Judiciário não pode fazer, justamente por sua natureza cognitiva, mas também o que, devido a essa mesma natureza, deve fazer. Diante disso, a sua atuação pode se materializar na simples requisição, em sede de diálogo institucional, para deslegitimar a inércia e estimular a ação, passando pela imposição da obrigação, predeterminada em lei, até a aplicação de multa aos órgãos não cumpridores[365].

Como, por exemplo, fez-se na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental N. 45 promovida contra um veto, emanado do Senhor Presidente da República contra a lei que posteriormente se converteu na LDO de 2004. Nesta requisitou-se "ao Senhor Presidente da República informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144". Vale referir que este, após o veto parcial ali questionado, veio a remeter ao Congresso Nacional projeto de lei que restaurou a integralidade da norma vetada[366].

Estas considerações devem ser associadas àquelas realizadas sobre (i) os níveis de obrigações comuns a todos os direitos[367], (ii) as três classes de condutas dos direitos humanos, coincidentes com as do direito civil, que se materializam

---

[364] Rodolfo de Camargo Mancuso, "A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle das Chamadas Políticas Públicas", In Edis Milaré (Coord.), "Ação Civil Pública: lei 7.347/1985 – 15 anos", pg. 777. Recorda, ainda, que um órgão sempre teve, em suas funções atípicas, a capacidade de fiscalizar o outro.

[365] Luigi Ferrajoli, In Victor Abramovich; Christian Courtis, "Los derechos sociales como derechos exigibles", Prólogo, pg. 13. Ver também Fabio Konder Comparato. "Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas". Revista dos Tribunais, Ano 86, V. 737, Março de 1997, pgs. 11-22: "Afastemos, antes de mais nada, a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da divisão de Poderes, para julgar 'questões políticas'.

[366] Fonte de Pesquisa: www.stf.gov.br . Data da Pesquisa: 17-02-06.

[367] Vide item II.2.

em omissão de conduta, em conduta de dar e, por fim, em conduta de fazer[368], e (iii) a teoria sobre princípios e regras de Robert Alexy[369].

Como já mencionado, as obrigações de cumprir[370] e de fazer requerem que o Estado adote medidas políticas, administrativas, fiscais e judiciais para alcançar a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais. Por sua vez, a teoria sobre princípios e regras reconhece que os princípios expressam "deveres e direitos *prima facie*", o que faz com que o seu grau de realização possa variar. E as regras, na medida em que são válidas, expressam "deveres e direitos definitivos", o que impõe a realização exata de seus mandamentos[371].

Com base nestas diretrizes, o poder judiciário terá maiores condições para avaliar em que medida a administração pública não cumpriu o seu dever de efetivar, ainda que minimamente, os direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais, segundo os parâmetros traçados pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. Isto implica considerar se ela de fato destinou recursos satisfatórios para a concretização destes direitos nas leis orçamentárias e, mais do que isto, se ela cumpriu com tal destinação, sem desviá-los no atendimento de outros direitos ou de interesses políticos, quando não eleitoreiros[372].

---

[368] Vide item II.6.1.1.
[369] Vide item I.6.
[370] Como exemplo cita a violação à obrigação de cumprir os direitos econômicos, sociais e culturais o não atendimento primário à saúde daqueles que necessitam.
[371] Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", pg. 612.
[372] No caso das políticas públicas de trabalho e emprego no Brasil, a justificativa de "falta de recursos" não pode ser facilmente aceita como justificativa para a falta de concreção do direito ao trabalho em sua dimensão coletiva, pois vultuosas quantias são arrecadas com base no FAT, às quais deveriam ser utilizadas prioritariamente para a geração de postos de trabalho e aumento da empregabilidade de nossa força de trabalho, através de um programa de qualificação dos trabalhadores verdadeiramente eficaz, mas na verdade não o são. O governo tem se utilizado este dinheiro como fonte de custeio para inúmeros programas com base na justificativa legal contida no artigo 239, § 1º da Constituição Federal. In verbis: "§1º. Dos recursos mencionados no caput deste artigo, *pelo menos quarenta por cento serão destinados a financiar programas de desenvolvimento econômico*, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, com critérios de remuneração que lhes preservem o valor".

É por esta razão que o Estado tem o dever de informar e disponibilizar aos cidadãos os resultados oficiais de todos os programas implementados. Quando estes resultados não se encontrarem disponíveis à sociedade, o direito à informação se mostra um instrumento eficaz na obtenção desses dados.

Sob esta perspectiva, o controle ou fiscalização das ações do Estado pelos cidadãos e/ou representantes legais, via Poder Judiciário, é uma alternativa concreta para se alcançar a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, dentre eles o direito ao trabalho, que será enfocado no Capítulo V. Passemos, então, a analisar estes direitos sob uma outra perspectiva.

II.6.4. Os direitos econômicos, sociais e culturais na relação entre particulares

As discussões que envolvem a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais nas relações entre particulares não são tão freqüentes em nosso país. Mesmo assim, devemos considerar que este é um campo fecundo, que pode contribuir significativamente para o debate acerca da efetivação dos mesmos.

Vale a pena lembrar que a aplicação destes direitos deve seguir um padrão conciliador entre a sua aplicabilidade direta e indireta (via mediação legislativa), que se fundamenta em os dois pontos principais:

(i) os direitos fundamentais quando assumem a estrutura de uma "norma-princípio" figuram como um mandamento de

otimização, ou seja, exigem a sua realização na maior medida do possível,

(ii) "a realização em maior medida possível daquilo que a norma de direito fundamental dispõe é canalizada pelas condições fáticas e jurídicas existentes. Dentre essas condições jurídicas, estão as normas de direito privado ou de direito infraconstitucional em geral", que, em sua grande maioria, assumem a estrutura de uma "norma-regra"[373].

A base desta discussão, obviamente, é a Constituição Federal de 1988, que prevê "uma série de direitos fundamentais de natureza econômico-social, que são aplicados muito mais nas relações entre particulares do que na relação Estado-cidadão"[374].

Mesmo assim, no Brasil existem diversas mediações legislativas a serem consideradas no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais. Uma de grande importância, mas que nem sempre é lembrada, é o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, recepcionado no plano interno por

---

[373] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 146 e 147. Como se nota, o autor fundamenta os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares na idéia de otimização e não na idéia de uma ordem objetiva de valores, o que, para ele, tem duas vantagens: "(1) exime o modelo das principais críticas feitas a essa ordem de valores, e (2) o que não implica uma dominação do direito infraconstitucional por parte dos valores constitucionais, pois o próprio conceito de otimização já enuncia que a produção de efeitos é condicionada às condições fáticas jurídicas e existentes".

[374] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 25. O autor explica que "no Brasil, especialmente no âmbito social-trabalhista, a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares seja pouco problemática, em vista, sobretudo, do art. 7º da Constituição. Isso não significa, contudo, que em outros âmbitos, especialmente no âmbito jurídico-privado *stricto sensu*, a tensão entre direitos fundamentais e liberdade privada não existirá".

meio do Decreto Legislativo n. 226, em 1991 e promulgado pelo Decreto n. 591, em 1992[375] (DO de 07.12.1992).

Como dito linhas acima, este Pacto impõe ao Estado brasileiro obrigações concretas de dar, de fazer e de não-fazer[376]. Dentre as obrigações de dar se insere a obrigação do Estado de proteger os seus cidadãos contra os atos lesivos dos próprios particulares, cujos reflexos são sentidos basicamente por meio de intermediação legislativa. No entanto, a sua ausência ou ineficácia desta autoriza a sua aplicação direta pelo poder judiciário, atendendo-se, obviamente, às condições fáticas e juridicamente presentes em um determinado caso concreto.

O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é apenas um exemplo, dentre as inúmeras bases jurídicas mediadoras existentes no país que se prestam à efetivação destes direitos e que em grande parte dos casos não são invocadas. Deu-se destaque a ele apenas para mostrar que a questão das obrigações decorrentes dos direitos econômicos, sociais e culturais exige um alargamento do olhar dos operadores do direito.

Uma análise generalizada das referidas bases extrapolaria o objetivo deste trabalho, pois isto somente seria possível com a realização de um tratado. Isto nos autoriza a centrarmos nossa atenção em um destes direitos - o direito ao trabalho, tema central do presente estudo.

---

[375] Data: 06. 07.1992.

[376] Reguladas pelo Código Civil Brasileiro de 2002, na Parte Especial, Livro I – Dos Direitos das Obrigações, Título I – Das Modalidades das Obrigações.

CAPÍTULO III - O DIREITO AO TRABALHO[377]

Este capítulo é destinado ao estudo do direito ao trabalho de um modo geral. Em um primeiro momento, discute-se a trajetória histórica deste direito e as associações que se fizeram entre este e a "liberdade de trabalho" e o "dever de trabalhar", até se chegar ao seu reconhecimento atual como um direito econômico-social e às diversas perspectivas que lhe são impressas. Em seguida, passa-se a avaliar os principais instrumentos normativos internacionais que o prevêem. E depois, centra-se a atenção no ordenamento jurídico espanhol.

Devemos iniciar este capítulo com as palavras de Maritain, para quem "a maior conquista de nossos tempos foi o reconhecimento da dignidade do trabalho e da dignidade do trabalhador". Nesta direção, Santo Tomás de Aquino também destacava que "todo trabalho é a atividade do 'eu' espiritual, atividade humana e pessoal, regida pela razão"[378].

Sob tal perspectiva, pode-se dizer que a lei do trabalho foi imposta pelo Criador ao homem, para o seu aperfeiçoamento e para a sua dignidade. Não foi por outra razão que o apóstolo Paulo disse "quem não trabalha, não come"[379].

Nesta medida, a exigência de um direito a trabalhar, além do simples objetivo da sobrevivência física, vincula-se à idéia de dignidade humana e, conseqüentemente, à valoração do trabalho como forma de realização pessoal. Evaristo de Moraes traduziu bem esta idéia ao escrever:

---

[377] Na elaboração do presente capítulo foram considerados os seguintes questionamentos: - A liberdade, o dever e o direito a trabalhar são distintos aspectos traduzidos em uma mesma figura?
[378] Jorge Marc, "El Trabajo Humano", pg. 139.
[379] Ibid., mesma página.

> "Sendo o trabalho um prolongamento da própria personalidade, que se projeta no grupo em que vive o indivíduo, vinculando-o, pela própria divisão do trabalho social, aos demais que a compõem, representa esse direito, por si só, a raiz da própria existência do homem, pelo que lhe proporciona ou lhe pode proporcionar de subsistência de liberdade, de auto-afirmação e de dignidade. O direito ao trabalho é a possibilidade de vir a participar cada um da produção de todos, recebendo em troca, a remuneração que lhe é devida"[380].

Assim, para grande parte da doutrina, o direito ao trabalho é um direito vinculado ao direito à vida, pois sem trabalho as pessoas não têm como proporcionar uma vida digna para si e para sua família. Neste sentido, Jorge E. Marc escreve:

> "(...) Este direito a trabalhar seria a autoridade que toda pessoa tem de desenvolver livremente uma atividade para sustentar suas necessidades e as de sua família, sem que ninguém possa, legitimamente, impedi-lo. Assim entendido, este direito seria um desdobramento de outros mais importantes, como o direito à vida (...)"[381].

De todas as formas, o significado do direito ao trabalho no decorrer da história sofreu variações expressivas segundo o campo político-ideológico adotado. Inicialmente, ele foi concebido como um direito a exercer um trabalho ou ofício (liberdade de trabalho), em seguida passou a significar uma exigência frente ao Estado de se ter um trabalho adequado à capacidade dos sujeitos e chegou, até mesmo, a ser identificado com certas ações assistenciais[382].

---

[380] Evaristo de Moraes Filho, "O Direito ao Trabalho", pg. 674.
[381] Jorge Marc, "El Trabajo Humano", pgs. 136 e 137.
[382] Mesmo assim, como veremos mais adiante, estas figuras são independentes, apesar de se tratarem de noções conexas.

Francisco X. Schaller destaca, inclusive, que a problemática que envolve a idéia de um "direito a trabalhar" foi mal delineada tanto por seus partidários como por seus adversários, o que leva a crer que tal confusão não os desagradasse plenamente, pois ela permitiu a adaptação desta figura aos interesses de cada um[383].

Diante disso, a doutrina reconhece que "ao falarmos de direito ao trabalho não estamos utilizando um conceito unívoco"[384] e que "poucas idéias têm sido tão controvertidas como esta"[385]. Para entendermos um pouco mais sobre a correlação que se fez entre este e a "liberdade de trabalho" e o "dever de trabalhar" devemos analisar o contexto histórico em que tais discussões ocorreram.

III.1. A revolução industrial e a liberdade de trabalhar

Inicialmente é preciso que se faça menção ao regime das corporações de ofício, que se caracterizou pelo rígido controle da produção e do trabalho. Entretanto, com o início do movimento industrial, um novo sistema de produção começou a se formar com base na idéia de que todos deveriam ter livre acesso a um trabalho ou ofício[386].

---

[383] Francisco X. Schaller, "A propósito del derecho al trabajo", pgs. pg. 385.
[384] G. Peces-Barba Martínez. "El socialismo y el derecho al trabajo", pg. 4.
[385] Pierre Jaccard, "Historia social del trabajo", pg. 246.
[386] Neste sentido, ver G. Peces-Barba Martínez. "El socialismo y el derecho al trabajo", pg. 4. Pierre Jaccard, "Historia social del trabajo", pgs. 246 e 247. Francisco X. Schaller, "A propósito del derecho al Trabajo", pgs. pg. 385. Segundo o autor, "em economia social é muito raro que um mesmo problema suscite controvérsias durante mais de um século sem ser resolvido em um ou outro sentido. Este é o caso do direito ao trabalho".

Justamente neste contexto surgiu a primeira exigência de um "direito ao trabalho", cuja terminologia mais adequada certamente seria "**liberdade de trabalho**"[387].

O regime das corporações de ofício desapareceu na Inglaterra em 1753 e na Suíça a partir de 1776. Porém, na Franca, em função dos Editos de Henrique III, Henrique IV e Luis XIV, o denominado "direito a trabalhar" ainda consistia em um privilégio.

O célebre Edito de Turgot, de 1776, foi a primeira tentativa de se consagrar este direito na França, mas os beneficiários do regime das corporações fizeram com que esta iniciativa fracassasse, e, em pouco tempo, o Edito foi revogado e Turgot, então ministro, foi destituído[388].

Finalmente, em 14 de junho de 1791, a Lei "Le Chapelier" proclamou a liberdade de trabalho[389]. A sua promulgação permitiu um grande florescimento da economia burguesa, mas teve conseqüências desastrosas no campo social, pois

---

[387] Segundo Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 88, primeiramente se fala em direito ao trabalho no sentido de liberdade para trabalhar, cuja idéia foi utilizada como justificativa para a ruptura da estrutura fechada e corporativista do regime gremial.

[388] Manuel-Ramón Alarcón Caracuel. "Derecho al Trabajo, libertad profesional y deber de trabajar", pg. 16. O autor transcreve uma parte do Edito que, de certo modo, demonstra o fundo ideológico imerso na questão: "Na medida em que Deus cria as necessidades dos homens e os tem obrigado ao mesmo tempo a trabalhar para satisfazer essas necessidades, fez do direito ao trabalho um patrimônio de cada homem (...). Nós consideramos um dos nossos primeiros deveres (...) liberar nossos súditos das travas que limitam este direito humano irrenunciável". Ver também Pierre Jaccard, "Historia social del trabajo", pg. 254 a 256. O autor explica que Anne-Robert-Jacques Turgot era procedente de uma família escocesa; conhecia o regime inglês de socorro e não deixou de absorver as instruções de Lutero e Calvino. Suas "Instruções" falam 'sobre a maneira mais vantajosa de aliviar a miséria dos povos proporcionando trabalho aos que se encontram em condições para realizá-lo, e limitando os recursos gratuitos aos que pela idade ou por enfermidades não estejam em condições de ganhar salário algum' (Oeuvres de Turgot, t. III, pgs. 205-256, Paris: Gustave Schelle, 1919. Turgot tentou em vão dar a sua organização de socorro um estatuto permanente e aplicável a toda França.

[389] Rafael Sastre Ibarreche, "Derecho al Trabajo", pg. 27. Segundo o autor, esta lei contém uma importante e explícita referência ao direito ao trabalho: "C'est à la nation, c'est aux officiers publics en son nom, de fournir dês travaux à ceux qui em ont besoin pour leur existence". O papel central do Estado em relação ao direito ao Trabalho aparece formalmente destacado. Contudo, sem considerar as importantes raízes econômicas da questão, Le Chapelier propugnou que à exceção dos enfermos, todos poderiam conseguir trabalho e que todo cidadão ostenta frente ao Estado o direito de que este lhe proporcione trabalho.

na medida em que proibia a organização dos trabalhadores, também impossibilitava qualquer ato de defesa perante as desumanas exigências da classe empregadora[390].

Deste modo, o emergente capitalismo, tendo como bases jurídicas a liberdade e o contrato de trabalho, conseguiu a superação definitiva do regime das corporações de ofício e de todos os obstáculos impostos ao crescimento dos excedentes de mão-de-obra.

A sociedade passou por grandes mudanças, desde o ponto de vista econômico, social e cultural. Com a proletarização das massas e o aumento dos excedentes de trabalhadores, não foi difícil perceber que a liberdade de comércio e de trabalho, outrora tão reivindicada, beneficiaria tão somente os grandes proprietários.

Nesta ótica eminentemente liberal, acreditava-se que o próprio mercado poderia assegurar o emprego, ocupando o Estado papel meramente subsidiário. No entanto, a opinião pública passou a responsabilizar os Governantes pelas dificuldades enfrentadas de tal maneira, que juntamente à crise econômica emergiu uma outra de índole política.

No seio do pensamento socialista francês, notadamente dos socialistas utópicos, instalou-se a idéia de que o direito ao trabalho não poderia ser

---

[390] Pierre Jaccard, “Historia social del trabajo”, pgs. 256, 257 e 258.

assegurado sem a intervenção do Estado[391]. A defesa desta idéia se deu tanto no plano teórico como político e culminou na Revolução de 1848[392].

Dentre os seus defensores, o primeiro nome a se fazer referência é Charles Fourier (1772-1837). Considerado o pai da expressão "direito ao trabalho", sustentou que 'a política enaltece os direitos humanos, mas não garante o primeiro e o único verdadeiramente útil, a saber: o direito ao trabalho'[393]. Ainda assim, o trabalho deveria ser um prazer para o homem e não um castigo, mas para se alcançar este objetivo seria necessário assegurar a todos os indivíduos um mínimo existencial em qualquer ocasião[394].

Também Victor Consideránt, discípulo de Fourier, recorria à idéia de legitimação da propriedade privada pelo trabalho, e viu no reconhecimento do direito ao trabalho uma espécie de indenização para os não proprietários de terra, que era, por definição, o meio originário de produção, propriedade comum da humanidade. O conteúdo deste direito seria dado pela garantia de um mínimo existencial (como a caça, a pesca e o pastoreio para o homem selvagem) e, para

---

[391] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 30. A revolta dos tecelões de Lyon, em novembro de 1831, inserida no contexto de crescente desemprego e redução de salários, anuncia o tema que constituirá a base de argumentação dos revolucionários de 1848.

[392] Manuel-Ramón Alarcón Caracuel, "Derecho al Trabajo, libertad profesional y deber de trabajar", pg. 18. Pierre Jaccard, "Historia social del trabajo", pgs. 246 e 247. G. Peces-Barba Martínez, "El socialismo y el derecho al trabajo", pgs. 6 e 7, explica que o direito ao trabalho "converteu-se numa bandeira identificadora do reformismo, que contestava a violência e lutava para conseguir o socialismo com a participação parlamentaria e pelo sufrágio universal. Não em vão foi este socialismo chamado também de socialismo jurídico. (...) O socialismo jacobino, no qual se fixa como conteúdo central a idéia do direito ao trabalho, é o precursor deste socialismo democrático, que reflete hoje sobre seu futuro e que continua tendo em seu acervo a pretensão moral do direito ao trabalho".

[393] Jean Mayer, "El concepto de derecho al trabajo en las normas internacionales y en la legislación de los Estados Miembros de la OIT", pgs. 282. Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 30. A revolta dos tecelões de Lyon, em novembro de 1831, inserida no contexto de crescente desemprego e redução de salários, anuncia o tema que constituirá a base de argumentação dos revolucionários de 1848.

[394] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 29.

colocá-lo em prática, propunha-se a criação de empresas agrárias e industriais que poderiam gerar trabalho[395].

Por sua vez, Louis Blanc, baseando-se nas idéias de outros pensadores socialistas, defendeu o trabalho como fator legitimador e de acesso à propriedade. Assim, afirmou que "se o trabalho legitima a propriedade é preciso que todos tenham a possibilidade de trabalhar, com o que o direito ao trabalho não constitui um direito revolucionário, senão uma opção em favor de uma propriedade mais universal e igualitária". Entretanto, em alguns aspectos sua construção teórica se mostrou ambígua, principalmente quando admitia a redução do direito ao trabalho em um direito a uma renda garantida pelo Estado e, ao mesmo tempo, defendia que a livre associação conduziria ao desaparecimento do Estado, pois os próprios operários associados seriam responsáveis pela organização e criação de postos de trabalho[396].

Torqueville também visualizou no direito ao trabalho a ruptura com a Revolução de 1789 e o fim da propriedade privada como resultado último do reconhecimento deste direito[397].

Diferentemente dos demais, P. J. Proudhon apontou uma série de defeitos ao direito ao trabalho, mostrando-se contrário ao seu reconhecimento e qualificando-o como indigno (por reconhecer e condenar o trabalhador para sempre ao trabalho), insuficiente (por não ser universal e admitir exceções), aristocrático (por permitir a desigualdade social e a exploração dos produtores sobre aqueles que não produzem nenhum bem), perigoso (por ser mais favorável

---

[395] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 29.
[396] Ibid., pg. 31.
[397] Ibid., pg. 35.

aos interesses das classes possuidoras do que os trabalhadores). Julgava o direito ao trabalho e o direito de propriedade incompatíveis e contraditórios, preconizando o fim desta[398].

Lafargue, por sua vez, ressaltou as conseqüências e os perigos da absolutização do valor do trabalho e fez uma profunda reflexão sobre esses pontos, questionando se esta absolutização poderia conduzir a uma extrema simplificação do tema e a um distanciamento quanto à real função e o real lugar do trabalho no âmbito da existência humana[399].

Como se sabe, Karl Marx escreveu obras importantíssimas, procurando explicar a história da humanidade através das estruturas materiais de produção. Com base nesta análise econômica e social fundamentou uma teoria política, cujo objetivo pode ser considerado a construção de uma sociedade sem classes. Em praticamente todas as suas obras, o trabalho foi um tema latente[400]. Na obra "Las Luchas de Clases en Francia" (1848 a 1850) afirmou que "o direito ao trabalho é, no sentido burguês, um contra senso, um desejo piedoso e infortunado, porém atrás do direito ao trabalho está o poder sobre o capital, e atrás do poder sobre o capital a apropriação dos meios de produção, e sua submissão à classe trabalhadora associada e, por conseguinte, a abolição tanto do trabalho assalariado como do capital e suas relações mútuas"[401].

Mesmo assim, a falta de trabalho e o elevado do número de desempregados fizeram com que o direito ao trabalho, já naquela ocasião, fosse

---

[398] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 29 e 30.
[399] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 32.
[400] Dentre as quais: o Partido Comunista (1848, em colaboração com F. Engels) e o Capital (1867 - 1º vol., 1885 – 2º vol., 1894 – 3º vol., publicações póstumas).
[401] Karl Marx, "Las Luchas de Clases en Francia" (1848 a 1850), pg. 80, In Manuel-Ramón Alarcón Caracuel, "Derecho al Trabajo, libertad profesional y deber de trabajar", pg. 19.

encarado como uma exigência de se disponibilizar um posto de trabalho àquele que não o tivesse, e se tornasse uma das principais exigências dos movimentos populares contra o Estado[402].

III.2. O ano de 1848: surge o conceito histórico de direito ao trabalho

De fato, em 24 de fevereiro de 1848 os trabalhadores de Paris saem às ruas gritando: "o direito ao trabalho, em uma hora". Nestas circunstâncias, no dia seguinte, o Governo Provisório Republicano Francês publicou um Decreto, elaborado por Louis Blanc, em que se firmava o compromisso governamental de assegurar trabalho a todos os cidadãos. Para sua concretização, no dia 26 de fevereiro de 1848, foram criados os famosos "ateliês nacionais" (ateliers nationaux), que objetivavam fornecer um trabalho àqueles que não tinham[403].

A princípio tudo caminhou bem, mas, em pouco tempo, mais de cem mil inscritos se apresentaram aos ateliês, em grande parte enviados pelas prefeituras de bairros e cidades da região. Na medida em que faltou trabalho, o governo começou a pagar indenizações a quem não podia empregar, o que fez com que um número ainda maior de provincianos se estabelecesse em Paris para se beneficiar desta renda. A confusão foi ainda maior quando, esgotado o dinheiro,

---

[402] Pierre Jaccard, "Historia social del trabajo", pg. 318, afirma claramente que "a Revolução de 1848 foi precipitada pela falta de trabalho, que fazia estragos desde o ano precedente".

[403] Pierre Jaccard, "Historia social del trabajo", pgs. 320 e 321, apresenta a narrativa de Louis Blanc sobre como este Decreto foi arrancado, tanto por surpresa como pela força, do Governo Provisório, instaurado depois da queda de Luis Felipe: "(...) pela manhã um trabalhador chamado Marche (...) entra na sala da Prefeitura, golpeia (...) com as costas de seu fuzil e declara: 'Cidadãos, há vinte e quatro horas a revolução é um fato; o povo espera ainda os resultados' e exige 'a organização do trabalho'. (Louis Blanc, membro socialista do Governo intervém) (...) 'Fui com Marche próximo a uma janela e escrevi diante dele o decreto (...)", cujo texto adotado dizia – "O Governo se compromete a garantir a existência do trabalhador por meio do trabalho. Compromete-se a garantir trabalho a todos os cidadãos. Reconhece que os trabalhadores devem se associar entre si para gozar do benefício legítimo de seu trabalho. Devolve aos trabalhadores, a quem pertence, o milhão que vai sobrar da lista civil".

o governo tentou alistar os desempregados no Exército. No dia 15 de maio de 1848 houve uma insurreição popular e Louis Blanc foi obrigado a se desterrar, então, em junho do mesmo ano uma sangrenta repressão aos levantes sociais pôs fim aos "ateliês nacionais" franceses[404].

O fracasso dessas ações contribuiu diretamente para o descrédito do direito ao trabalho no país. Neste sentido, Emile Thomas, diretor dos "Ateliês Nacionais", confessou anos depois, em sua autobiografia, que o experimento havia cumprido uma eficaz função desacreditadora das idéias socialistas[405].

De fato, a exigência socialista de um direito ao trabalho foi duramente combatida pelos liberais de então. Implicitamente a este pensamento estava o medo da instrumentalização e planificação do Estado pelo proletariado, que, certamente, significava o fim da liberdade de trabalho, um dos sustentáculos do regime capitalista[406].

Assim, nos debates entre liberais e socialistas, as noções de direito ao trabalho e liberdade de trabalho aparecem metaforicamente apresentadas como pano de fundo para a criação de um projeto de sociedade, cuja referência jurídica não foi mais do que um pretexto para se professar fé políticas[407].

O direito ao trabalho chegou a ser reconhecido no projeto da Constituição Francesa de 19 de junho de 1848, aguçando novamente os debates entre liberais e

---

[404] Pierre Jaccard, "Historia social del trabajo", pgs. 320 e 321.
[405] Manuel-Ramón Alarcón Caracuel, "Derecho al Trabajo, libertad profesional y deber de trabajar", pg. 19".
[406] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pgs. 33. Por esta razão, o direito ao trabalho é considerado por alguns setores doutrinários como liberdade de trabalho e profissional, ou como um obstáculo ao direito de greve nos programas direitistas. Nesta ocasião, se manifesta pela primeira vez o desacordo entre liberais e socialistas, cujas repercussões ideológicas se estendem até hoje. Contudo, tanto os socialistas utópicos franceses como os liberais assinalavam a mesma "insatisfação ante as soluções que implicavam a atribuição aos desempregados de trabalhos não qualificados".
[407] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 34.

socialistas. Mas desapareceu do projeto substitutivo de 29 de agosto daquele mesmo ano, que fez referência tão somente a um direito à assistência pública[408].

Este foi considerado o primeiro intento sério de materialização do direito ao trabalho[409]. Isto fez com que, historicamente, este direito se mostrasse como uma exigência de trabalho adequado à capacidade dos sujeitos frente ao Estado[410]. Para Rafael Sastre Ibarreche este seria, inclusive, "o núcleo essencial, a natureza do direito ao trabalho"[411].

De tal modo, a maioria da doutrina entende que, após este período, o trabalho passou a ser encarado como um direito[412]. Como se indica na Enciclopédia Universalis, "a partir de então, cada um participa na sociedade pelo trabalho que lhe aporta, e se considera que o trabalho é o que define essencialmente à sociedade"[413].

---

[408] Durante a discussão do texto definitivo uma Emenda, proposta por Mathieu de la Drôme, procura assegurar o direito ao trabalho, mas não foi aprovada. Há quem afirme que este fracasso colocou um fim nas reivindicações do direito ao trabalho na França, convertendo-o numa frase vazia. O jurista francês Jacques Dufour, ao comentar sobre a recusa do povo suíço à inserção de um artigo na constituição sobre o direito ao trabalho em 1894 disse: 'A historia do direito ao trabalho acaba aqui', Apud Pierre Jaccard, "Historia social del trabajo", pg. 324.

[409] Pierre Jaccard, "Historia social del trabajo", pg. 322.

[410] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pgs. 33 e 42.

[411] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 42.

[412] Segundo Francisco X. Schaller, "A propósito del derecho al trabajo", pgs. 386-387: "a sociedade responsável ante o individuo do desemprego nascido da estrutura econômica que voluntariamente adotou, está obrigada a indenizá-lo. É também o Direito o que nos ensina que em matéria de reparações a parte prejudicada pode pretender, se é possível, a restituição integral do estatuto econômico de que desfrutava antes do dano causado. E com maior razão pode-se dizer que é mais fácil e menos gravoso para a sociedade remediar o desemprego dando trabalho que subsídios e auxílios de desemprego.

[413] Neste sentido, Jean Mayer, "El concepto de derecho al trabajo en las normas internacionales y en la legislación de los Estados Miembros de la OIT", pgs. 282, destaca que foi o capitalismo industrial, em meados do Século XVIII, o que deu origem à conceituação moderna do trabalho, quando estabeleceu a distinção categórica entre trabalho e 'não trabalho' e entre valor de uso e valor de intercâmbio.

III.3. Segunda metade do Século XIX: esquecimento e mutação à assistência pública

Como visto, a falta de trabalho foi um problema que se sentiu em todo o continente europeu no século XIX. Mesmo assim, a Inglaterra conseguiu evitar uma revolta geral, tal como ocorreu na França, através de medidas enérgicas de socorro aos desempregados; dentre elas, a ampliação das chamadas "workhouses" e da taxa do "imposto dos pobres", que sustentava aquelas oficinas de trabalho[414].

Nas manifestações frente ao desemprego, certos socialistas ingleses também defenderam a existência de um direito natural ao trabalho, o que acabou inspirando a redação de um projeto de lei, o "Right to Work Bill". Em 1907, Ramsey Macdonald elaborou um projeto, o "Unemployment Bill, também conhecido como "Right to Work Bill", que novamente foi recusado. A partir daí, o debate político inglês se voltou para o problema de uma assistência pública obrigatória[415].

Na Alemanha, com argumentos similares aos dos revolucionários franceses do século XVIII, Fitche defendeu a existência de um direito ao trabalho e um direito à assistência e L. Gall afirmou que todos os membros da sociedade

---

[414] Pierre Jaccard, "Historia social del trabajo", pgs. 248 e 318. Cabe destacar o significado especial que o **Estatuto de Isabel**, promulgado em 1601 sob inspiração da doutrina luterana e calvinista, adquiriu no contexto inglês e, de um modo geral, no europeu, pois através dele se reconheceu, pela primeira vez, "a todo indigente o direito ao trabalho e o direito à assistência". Neste sentido, Stuart Mill chega a afirmar que o direito ao trabalho "é a lei para os pobres de Isabel e nada mais" In Paul Lambert, "El derecho al trabajo", pgs. pg. 20.

[415] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 37.

têm direito ao trabalho e a receber os meios que lhe assegurem uma existência digna[416].

Por sua vez, Otto von Bismarck apontou como causa fundamental do descontentamento do operariado a incerteza quanto aos meios de sobrevivência. Em discurso proferido em 9 de maio de 1884, reconheceu o direito ao trabalho e prometeu defendê-lo, mas, em linhas gerais, voltou a mesclá-lo a uma política assistencial. Suas declarações tampouco estavam isentas de um interesse político direto[417].

Nota-se, portanto, que a mutação do direito ao trabalho a um direito à assistência pública foi uma tendência nos países europeus durante a segunda metade do século XIX.

III.4. Século XX: internacionalização e reconhecimento dicotômico

Em meados do século XX, dois temas ganharam destaque nas discussões sobre o direito ao trabalho. O primeiro diz respeito ao seu reconhecimento no campo normativo internacional, e o segundo a sua recepção dicotômica em diversas constituições nacionais, notadamente nas legislações dos antigos países socialistas e dos países de livre mercado[418].

---

[416] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 36.
[417] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 36.
[418] Jean Mayer, "El concepto de derecho al trabajo en las normas internacionales y en la legislación de los Estados Miembros de la OIT", pg. 281 a 297.

De tal modo, há quem aponte como um dos fatos mais notáveis do segundo pós-guerra, "o triunfo, pelo menos teórico, do direito ao trabalho". Mas, nem por isso, este tema deixou de evocar ardentes polêmicas[419].

O processo de internacionalização das normas de direitos econômicos, sociais e culturais está vinculado às ações das organizações internacionais, dentre as quais a Organização das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho. E o reconhecimento dicotômico do direito ao trabalho aparece nas constituições nacionais a partir da promulgação da Constituição de Weimar e se acentua após a 2ª grande guerra[420].

Nos países inspirados pelo antigo modelo soviético, houve uma fusão do direito ao trabalho com o dever de trabalhar, que acabou gerando a figura: "direito-dever de trabalhar". De fato, a instrumentalização deste "direito-dever" estava sujeita a uma detalhada planificação dos recursos e das necessidades de

---

[419] Paul Lambert, "El derecho al trabajo", pgs. 18. Também J. López Gandía, "Breve nota sobre el artículo 35 de la CE (derecho al trabajo, libertad profesional y promoción en el trabajo", en AA.VV., "Estudios sobre la Constitución española de 1978", pg. 147, aponta que "no constitucionalismo moderno o direito ao trabalho se configura como um direito social com autonomia própria e conceitualmente diverso da liberdade de trabalho ou liberdade profissional".

[420] Rafael Sastre Ibarreche, "El Derecho al Trabajo", pg. 38. Neste contexto, não podemos deixar de ressaltar o marco significativo que a Constituição de Weimer de 1919 representa em qualquer indagação que se possa fazer sobre os direitos sociais. Quanto ao direito ao trabalho, o artigo 163-II dispunha: " (...) a todo alemão se oferece a possibilidade de ganhar seu sustento mediante o trabalho", acrescentando "quando não for possível oferecer-lhe um trabalho apropriado, deve-se atender ao seu indispensável sustento". Como todos os direitos fundamentais sociais constitucionalizados, o direito ao trabalho aparecia reconhecido como programa e instruções para o legislador. Porém, a grande importância deste texto foi, sem dúvida, a mudança qualitativa que se produziu na materialização dos distintos direitos. Willis Santiago Guerra Filho também lembra que a "Constituição de Weimar produziu uma transformação de significados dos direitos fundamentais, passando de um Estado de Direito Liberal – burguês a um Estado de direito social (...) e os direitos fundamentais são descobertos agora com um significativo fator de integração na esfera da vida estatal e social e como meio também de desenvolvimento do Estado e da sociedade". Entretanto, a experiência de Weimar serviria para lembrar, no processo de formação e consolidação do Estado Social que se produziu a partir de 1945, que a mera inserção de direitos em documentos formais, sem contar com uma importante cumplicidade dos poderes públicos estava destinada ao fracasso.

trabalho, bem como a uma restritiva legislação sobre despedidas do trabalhador[421].

A fórmula mais significativa desta fusão foi a do artigo 24 da Constituição da RDA, de 06-04-68, que previa: "o direito ao trabalho e o dever de trabalhar constituem uma unidade" (bilden eine Einheit). Cabe mencionar, ainda, a Constituição da URSS (anterior à de 07-10-77), que ficou conhecida por adotar tal formulação e repetir o mandamento: "aquele que não trabalha, não come"[422].

Ao analisar esta questão, Francisco X. Schaller destaca que o regime socialista foi garantido pela obrigação do trabalho e não pelo direito ao trabalho. Aquela impunha a natureza, o lugar e o valor do trabalho, enquanto que o direito não encerra nenhuma obrigação, uma vez que se trata de uma faculdade[423].

Já nos países democráticos ocidentais que, de um modo geral, adotaram o regime de livre mercado, as duas figuras apresentavam contornos distintos. Quanto ao direito ao trabalho, constatava-se a impossibilidade dos poderes públicos controlarem todos os mecanismos de criação de empregos[424]. E o dever de trabalhar aparece vinculado a uma obrigação social ou a um dever moral, e

---

[421] Antonio Martín Valverde, "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978", en AA.VV., "Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución", pgs. 193 e 194.

[422] Antonio Martín Valverde, "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978", en AA.VV., "Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución", pgs. 193 e 194. Segundo o autor, o fato de que o direito ao trabalho tenha consistido em uma "pedra de toque de políticas e regimes econômicos" permitiu que o trabalho fosse considerado não somente como um direito, mas também como um dever. O autor destaca também o governo de Hitler, que teoricamente se apoiou no dever de trabalhar para instituir o trabalho forçado, que foi igualmente utilizado como forma de se compensar o desemprego juvenil e de doutrinação política.

[423] Francisco X. Schaller, "A propósito del derecho al trabajo", pg. 386. Para o autor, "confundir o direito e a obrigação do trabalho é um menosprezo, que somente cometem aqueles que procuram se basear em "slogans" para controlar a qualidade e o gosto dos alimentos, que lhes servem diariamente certas cozinhas especializadas na propaganda totalitária".

[424] Antonio Martín Valverde, "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978", en AA.VV., "Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución", pgs. 193 e 194.

não propriamente jurídico. Esta vinculação impede a sua sanção direta, mas não exclui a possibilidade de que esta se dê de forma indireta, como, por exemplo, nos casos em que se estabelece um ônus adicional para aqueles que se utilizam do capital financeiro-especulativo, ou quando se fundamenta a negativa do pagamento de prestações de desemprego por recusa de oferta de emprego adequada às habilidades e qualificações[425].

De modo geral, o constitucionalismo vigente nestes países a partir da II Guerra Mundial não apresenta notáveis desvios à tendência de configurar o direito ao trabalho como um direito (econômico-social) autônomo e independente, salvo algumas interpretações que o vinculam à liberdade de trabalho[426].

Sob tal perspectiva, constata-se que as distintas formas de se entender o direito ao trabalho têm uma correlação direta com os diferentes sistemas econômicos e modelos jurídicos vigentes em um determinado país. Mesmo assim, a incorporação deste direito nas constituições nacionais, juntamente, com a liberdade de trabalho e com o dever de trabalhar impõe uma reflexão sobre seus traços distintos.

---

[425] Antonio Martín Valverde, "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978", en AA.VV., "Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución", pg. 195.

[426] J. López Gandía, "Breve nota sobre el artículo 35 de la CE (derecho al trabajo, libertad profesional y promoción en el trabajo", en AA.VV., "Estudios sobre la Constitución española de 1978", pgs. 147 e 148. O autor destaca a situação especial prevista na LEI FUNDAMENTAL DE BONN, em que não há um reconhecimento expresso do direito ao trabalho, cuja construção se dá a partir da liberdade profissional reconhecida no artigo 12 e do princípio do Estado Social. Por esta razão, parte da doutrina alemã tem oferecido resistências a esta configuração do direito ao trabalho, imprimindo-lhe tão somente uma natureza programática.

III.5. A Liberdade de trabalhar, o dever de trabalhar e o direito a trabalhar

Como se viu, o direito ao trabalho está conectado a outras figuras, mas com elas não se confunde. Neste sentido, Antonio Martin Valverde esclarece que esta proximidade indica que os respectivos conceitos estão estreitamente vinculados entre si, mas não se confundem ou se sobrepõem"[427]. Vejamos, então, cada uma destas figuras separadamente.

III.5.1. A liberdade de trabalho

A liberdade de trabalho está intimamente relacionada com as demais "liberdades", proclamadas nos textos internacionais e nacionais de grande parte dos países[428].

Pode ser definida como "o direito do indivíduo a não sofrer interferências externas no exercício de uma atividade legítima e livremente escolhida", ressaltando-se, é claro, os casos em este exercício se encontra devidamente regulamentado pelos poderes públicos. Ela se dirige contra o Estado e também contra terceiros e o seu conceito engloba a possibilidade de que cada um eleja o seu trabalho, segundo as suas aptidões e vocações pessoais[429].

---

[427] Antonio Martín Valverde. "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978", en AA.VV., "Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución", pg. 193.

[428] Maria del Carmen Revuelto Martínez. "El derecho al trabajo en la Constitución", en AAVV. (edición preparada por Manuel Ramírez), "Estudios sobre la Constitución española de 1978", pg. 161. Ao discorrer sobre o conteúdo da liberdade de trabalho, a autora trabalha com a idéia de uma "liberdade negativa de trabalhar", que compreenderia o direito a recusar um determinado trabalho, assim como o direito a trabalhar ou não; e de uma "liberdade positiva de trabalhar", que comportaria as duas manifestações citadas: a) frente ao Estado (sentido tradicional) e b) perante terceiros.

[429] Antonio Martín Valverde. "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978", en AA.VV., "Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución", pg.

Como os demais direitos fundamentais, a liberdade de trabalho está sujeita a restrições, que devem ser implementadas pelos poderes públicos, especialmente, pelo Poder Legislativo. Nestes casos, impõe-se o respeito ao seu núcleo essencial, que a doutrina alemã convencionou denominar "limites dos limites".

Nesta direção, Irany Ferrari destaca que "Ser Livre, para cada cidadão, pressupõe, assim, a Liberdade de Trabalhar. Contudo, a necessidade de trabalhar, existe para todos os cidadãos. E, bastaria essa primeira dificuldade, para se entender que a Liberdade de Trabalhar não é, nem pode ser Absoluta"[430]. Esta observação nos remete à chamada "obrigação moral" de trabalhar.

III.5.2. O dever de trabalhar

Segundo Juan Lopez Gandía, desde o ponto de vista ideológico, o dever de trabalhar tem suas raízes na ideologia calvinista e está vinculado a uma certa ética do trabalho. Há narrativas de sua imposição em distintos períodos da história, como, por exemplo, na Lei dos Pobres de 1601 (Inglaterra) e nas leis de periculosidade social, promulgadas em diversos países[431], sem falar nos regimes

196. Maria del Carmen Revuelto Martínez. "El derecho al trabajo en la Constitución", en AAVV. (edición preparada por Manuel Ramírez), "Estudios sobre la Constitución española de 1978", pg. 161.

[430] Irany Ferrari. "Direito ao Trabalho", pg. 713.

[431] J. López Gandía, "Breve nota sobre el artículo 35 de la CE (derecho al trabajo, libertad profesional y promoción en el trabajo", pg. 152. O autor faz referência à Lei italiana, N. 1.423, de vagabundos e ociosos de 27, de dezembro de 1956. Maria del Carmen Revuelto Martínez, "El derecho al trabajo en la Constitución", en AAVV. (edición preparada por Manuel Ramírez), "Estudios sobre la Constitución española de 1978", pg. 162, também faz menção à Lei espanhola, N. 16, de 04, de agosto de 1970, denominada "Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social".

autoritários que, de um modo geral, utilizaram-no como justificativa para se alcançar um novo modelo de sociedade[432].

Não obstante, já se viu que este dever se traduz em um "dever moral", pois a sua imposição fere frontalmente a liberdade e a dignidade humana, fazendo com que o trabalho forçado seja combatido com veemência pelos Estados Democráticos de Direito.

Há quem pense que o trabalho forçado seja coisa do passado, mas um estudo da Organização Internacional do Trabalho – "A global alliance against forced labour" – denuncia que este "não somente ocorre na atualidade, mas que se trata de um dos problemas mais ocultos de nosso tempo"[433].

Ainda assim, devemos considerar que diversos setores da sociedade sobrevivem precisamente do parasitismo (cuja base teórica é o próprio capitalismo, em seu modelo financeiro-especulativo) e, nestes casos, defender a imposição de um dever de trabalhar seria até mesmo um paradoxo[434].

Por esta razão, quando este dever é proclamado nas constituições, a sua natureza não é outra que a de um princípio ético que responde a uma visão

---

[432] Maria del Carmen Revuelto Martínez. "El derecho al trabajo en la Constitución", en AAVV. (edición preparada por Manuel Ramírez), "Estudios sobre la Constitución española de 1978", pg. 155. A autora lembra que muitos teóricos, ao interpretarem o conceito marxista de desenvolvimento da força produtiva, defendiam a necessidade de se impor a obrigatoriedade de trabalhar e sancionar sua transgressão para que um dia a sociedade socialista possa reduzir o trabalho e o homem, assim, dedicará boa parte de seu tempo ao lazer.

[433] OIT. "Trabajo", Revista de la OIT", pgs. 4, 5 e 6. Segundo a Organização Internacional do Trabalho, "o trabalho forçado se encontra em todos os âmbitos. Ainda que se concentre na agricultura, na construção, no trabalho doméstico, na fabricação de ladrilhos, nas oficinas clandestinas e no comércio sexual, dá-se em todos os continentes, em todas as economias e em quase todos os países". Mesmo assim, para a organização, é possível se abolir este tipo de trabalho. Com vontade política e um compromisso de escala mundial, associados à promulgação de legislações nacionais rigorosas, o trabalho forçado poderia ser eliminado nos próximos dez anos.

[434] J. López Gandía, "Breve nota sobre el artículo 35 de la CE (derecho al trabajo, libertad profesional y promoción en el trabajo", pg. 152.

progressista do papel cidadão na sociedade e de combate ao privilégio e ao parasitismo[435].

Nesta direção, há quem visualize uma vertente social do dever de trabalhar, que se manifesta como um dever genérico para com a sociedade, ou seja, como uma parcela de contribuição que compete a cada cidadão para a melhoria da coletividade[436]. Alarcon Caracuel, por exemplo, entende que o dever de trabalhar se assenta no terceiro pilar da estrutura "liberdade, igualdade e fraternidade", ou seja, a solidariedade social[437].

Partindo do pressuposto de que a "mendicância" e a "marginalidade" podem causar sérios prejuízos financeiros e sociais ao Estado, muitos países têm adotado algumas medidas indiretas para desestimular esta "recusa ao trabalho", seja através de normas que condicionam o recebimento do seguro-desemprego à postura ativa do trabalhador na busca de um novo emprego, seja através ações que visam a conscientizar a população sobre a importância do trabalho para a realização pessoal e social[438].

No ordenamento jurídico espanhol, por exemplo, há quem advirta que "o dever de trabalhar não é uma mera declaração retórica vazia de conteúdo, na medida em que serve de apoio constitucional à exigência de trabalhos de

---

[435] Maria del Carmen Revuelto Martínez. "El derecho al trabajo en la Constitución", en AAVV. (edición preparada por Manuel Ramírez), "Estudios sobre la Constitución española de 1978", pg. 162.

[436] Juan Antonio Sagardoy Bengoechea. "Comentario al artículo 35: derechos laborales", en O. Algaza Villamil (dir.), "Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978, Tomo III. O autor aponta uma dupla vertente para o dever de trabalhar – a social e a contratual. Na primeira, o dever de trabalhar se mostra como um dever genérico para com a sociedade, ou seja, como a parcela que compete a cada um para a melhoria da coletividade. Já na segunda, configura-se como o dever de trabalhar com boa fé e diligência.

[437] Manuel-Ramon Alarcón Caracuel. "Derecho al Trabajo, libertad profesional y deber de trabajar", Revista de Política Social (RPS), pg. 37.

[438] J. López Gandía, "Breve nota sobre el artículo 35 de la CE (derecho al trabajo, libertad profesional y promoción en el trabajo", pg. 152.

utilidade comunitária ou de colaboração social aos desempregados, e a medidas de incentivo à busca ativa de emprego”[439].

No sistema português, a Constituição também reconhece o “dever de trabalhar, ‘inseparável do direito ao trabalho’, exceto para aqueles que sofrem de diminuição de capacidade por razões de idade, doença ou invalidez’. Mas este dever é genérico e cumpre mediante a livre escolha deste ou daquele trabalho; (...)”[440].

Nesta direção, podemos correlacionar este “dever moral” de trabalhar ao “dever” de se qualificar profissionalmente, uma vez que a reciclagem do trabalhador tem sido um fator preponderante na reorganização do mercado de trabalho. Tal análise ganha destaque na atualidade quando consideramos que a realização os programas de qualificação profissional da força de trabalho de um país são instrumentos de políticas passivas de trabalho e emprego, que devem ser implementadas pelo Estado. Mesmo assim, como veremos mais adiante, esta é uma discussão que se conecta diretamente como o direito ao trabalho.

III.5.3. O direito ao trabalho

No atual constitucionalismo, a identificação entre liberdade de trabalho, dever de trabalhar e direito ao trabalho foi superada[441]. Prevalece a idéia de que a

---

[439] Antonio Martín Valverde; Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez; Joaquín García Murcia, “Derecho del Trabajo”, pg. 138.

[440] Jorge Miranda, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV - Direitos Fundamentais, pg. 408.

[441] De qualquer forma, devemos considerar que no âmbito normativo internacional alguns instrumentos não fazem claramente tal distinção, abordando indistintamente no mesmo artigo acerca da liberdade e do direito a trabalhar, como, por exemplo, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, artigo 23.1, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, artigo 6.1., que dizem, respectivamente: “Artigo 23.1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à protecção contra o desemprego (...)” e “Art. 6.1. Os

primeira figura diz respeito à liberdade, a segunda a um dever moral de contribuir à sociedade, e a terceira a um direito econômico-social[442].

Mesmo assim, outras associações são feitas em relação ao direito ao trabalho no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Destacaremos algumas delas a seguir a título meramente ilustrativo.

III.5.3.1. O direito ao trabalho: configuração dual ou bifronte

No seio da doutrina italiana se desenvolveu uma teoria que imprimiu uma configuração "dual" ou "bifronte" do direito ao trabalho, ou seja, sustentou-se que este direito se apresenta como um direito social e como um direito de liberdade. Um dos motivos desta formulação era justamente a ampliação do conteúdo deste direito[443].

A proposta foi elaborada em um momento em que se procurava impor um limite ao regime permissivo do Código Civil, notadamente nos casos de dispensa dos trabalhadores e, ao mesmo tempo, defender que existiam condições para se

---

estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito. (...)".

[442] Para uma parte significativa da doutrina espanhola, esta é a sua natureza (essência). Neste sentido, Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pgs. 33 e 42. Maria del Carmen Revuelto Martínez. "El derecho al trabajo en la Constitución", en AAVV. (edición preparada por Manuel Ramírez), "Estudios sobre la Constitución española de 1978", pg. 147, destaca que "no constitucionalismo moderno o direito ao trabalho adquire verdadeira carta de verdadeira natureza e se configura já como um direito social com autonomia própria e conceitualmente diverso da liberdade de trabalho ou profissional". Mauel-Ramon Alarcón Caracuel. "Derecho al Trabajo, libertad profesional y deber de trabajar", Revista de Política Social (RPS), N. 121, pg. 39. Teresa Freixes Sanjuán. "Los derechos sociales de los trabajadores en la constitución", pg. 284: "Entendo que o direito ao trabalho é um conceito que exige uma atuação positiva para o indivíduo (...)".

[443] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 89.

imprimir efetividade ao direito ao trabalho em clima de completa liberdade econômica, conforme determina o artigo 4º do texto constitucional italiano[444].

Por outro lado, esta articulação serviria para projetá-lo frente aos obstáculos existentes no acesso aos postos de trabalho disponíveis, como por exemplo, no caso de normas restritivas à mobilidade da mão-de-obra e práticas empresariais discriminatórias, etc[445].

A tese da dupla configuração foi acolhida pela jurisprudência da Corte Constitucional italiana, emanando reflexos em outros países, como, por exemplo, no direito espanhol, especialmente na STC 22/1981 do TC[446].

III.5.3.2. O direito ao trabalho: um direito de liberdade

Na lei fundamental de Bonn não se reconhecem expressamente os direitos econômicos, sociais e culturais, como o fazem as Constituições espanhola, portuguesa e brasileira. Tal fato fez com que a formulação de muitos desses direitos fossem deduzidas da própria cláusula do Estado Social[447].

É justamente neste sentido que a doutrina suscita, com base no artigo 12 da referida Lei Fundamental – que não faz menção ao direito ao trabalho, a sua incorporação ao texto constitucional, ainda que sob o aspecto de um direito de liberdade[448].

De todas as formas, esta não é uma opinião majoritária. Nesta medida, pode-se concluir que, apesar de alguns autores afirmarem que o reconhecimento

[444] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 89.
[445] Ibid., pg. 89-90.
[446] Ibid., pg. 89.
[447] Ibid., pg. 70-71.
[448]Ibid., pg. 89.

de direitos sociais é conseqüência da sociabilidade do Estado, a presença de um catálogo destes direitos evita a necessidade de se acudir a um trabalho interpretativo.

III.5.3.3. O direito ao trabalho e as práticas anti-sindicais

Nos ordenamentos jurídicos de corte anglo-saxão, principalmente na Grã Bretanha e nos Estados Unidos[449], o direito ao trabalho adquiriu um significado peculiar, tendo sido encarado como um direito a resistir à vontade da maioria dos trabalhadores e de resistir às chamadas "cláusulas de seguridade sindical", dentre as quais, a chamada "closed shop".

Contudo, há quem destaque que em muitos destes casos, a idéia de um direito a trabalhar acaba sendo utilizada para fundamentar certas práticas anti-sindicais, como por exemplo, nos casos de "fura greve" e de "listas negras"[450]. Nesta direção, Eduardo Gonzalez Biedma, ao tratar de uma das mais rigorosas cláusulas de segurança sindical, também conhecida como "closed shop", explica que o argumento de caráter filosófico-jurídico acaba sendo utilizado como justificativa para a proibição da liberdade sindical.

Com estas rápidas observações, pretendeu-se destacar que o direito ao trabalho tem sido analisado sob diversos enfoques, que muitas vezes se afastam do seu principal fundamento teórico - o trabalho humano, e se apegam mais a

[449] Rafael Sastre Ibarreche, "Derecho al trabajo", pg. 144.
[450] Ibid., pg. 144.

fatores políticos e ideológicos. Tendo consciência disto, o intérprete deve sempre buscar critérios metodológicos seguros que o ampare nesta análise[451].

Certamente, as diretrizes traçadas pelos órgãos internacionais de Direitos Humanos são referências confiáveis, dentre eles, os documentos interpretativos do Comitê de DESC, que levam em conta as experiências concretas dos Estados Partes para delinear padrões razoáveis quanto à obediência e à desobediência (por impossibilidade ou inatividade) das normas internacionais de direitos econômicos, sociais e culturais. De qualquer forma, estas diretrizes são genéricas e, por isso mesmo, necessitam ser conjugadas com critérios mais específicos – as normas vigentes em um determinado ordenamento jurídico.

Neste passo, apontaremos os principais instrumentos normativos que reconhecem o direito ao trabalho no âmbito normativo internacional, para, então, tecermos alguns comentários sobre o direito ao trabalho no direito espanhol, pois este ordenamento não deixou de ser uma fonte de inspiração para a elaboração deste trabalho.

II.6. Os principais instrumentos normativos internacionais sobre o direito ao trabalho

Neste tópico, procurou-se destacar alguns dos principais instrumentos normativos que reconhecem o direito ao trabalho no plano internacional, notadamente aqueles que têm correlação direta com o Estado brasileiro,

[451] Antonio Martín Valverde. "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978", en AA.VV., "Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución", pgs. 189.

demonstrando, assim, o caráter universal deste direito, cuja análise deve ser associada às normas adotadas no plano interno pelos Estados nacionais.

A preocupação com um direito a trabalhar está implícita na **Constituição de 1919** da Organização Internacional do Trabalho[452]. Nesta medida, o seu texto constitutivo reconhece em seu preâmbulo que:

> "a luta contra o desemprego é uma maneira de melhorar as 'condições de trabalho que contêm tal grau de injustiça, miséria e privações para um grande número de seres humanos (...)".

O direito ao trabalho também figura na **Declaração Universal de Derechos Humanos**, adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas. Contudo, em seu artigo 23, este texto aborda indistintamente acerca da liberdade e do direito a trabalhar:

> "Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre eleição de seu trabalho, a condições eqüitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego".

Por sua vez, o **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**[453], adotado em 16 de dezembro de 1966 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, reconhece o direito ao trabalho em seu artigo 6.1. De todas as formas, há que se considerar que este instrumento também não apresenta uma distinção clara entre direito ao trabalho e liberdade de trabalho:

> "Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito a trabalhar, que compreende o direito de toda pessoa a ter a

---

[452] Jean Mayer, "El concepto de derecho al trabajo en las normas internacionales y en la legislación de los Estados Miembros de la OIT", Revista Internacional de Trabajo (RIT), pg. 282.

[453] Este Pacto, desde que entrou em vigor, em 3 de janeiro de 1976, teve a adesão de mais de oitenta países em diferentes fases de desenvolvimento e com sistemas políticos, econômicos e sociais também diferentes. Devem informar periodicamente sobre a aplicação do mesmo ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

> oportunidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas adequadas para garantir este direito"

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) também prevê:

> Artigo 6. Direito ao Trabalho
>
> 1 - Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa pelo desempenho de atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.
>
> 2 - Os estados-partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os estados-partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem o adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho. (...)"[454].

Apontados os principais instrumentos normativos que reconhecem o direito ao trabalho no plano internacional e regional, traçaremos alguns comentários sobre a sua positivação no direito espanhol e, assim, angariar maiores fundamentos teóricos para, no capítulo seguinte, concentrarmos sua análise no ordenamento jurídico brasileiro.

---

[454] Fonte de Pesquisa: http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_6.htm . Data da Pesquisa: 08-01-06.

III.7. Algumas considerações sobre o direito ao trabalho no direito espanhol

Para Rafael Sastre Ibarreche, a articulação do direito ao trabalho no ordenamento jurídico espanhol na atualidade passa pela distinção de dois sentidos deste direito[455].

Um sentido estrito, isto é, em uma acepção tradicional, em que o direito ao trabalho se identifica com o direito a um posto de trabalho exigível frente aos poderes públicos. Não obstante, sua realização fica reduzida ao campo concreto do artigo 25.2, dado que é o único em que existe uma total disponibilidade do Estado sobre o seu objeto – o posto de trabalho[456].

Cabe falar, ainda, de um direito ao trabalho em sentido impróprio, que apresenta um conteúdo prestacional débil ou diluído presente no artigo 35.1 conjugado com o 40.1. Neste caso, o direito ao trabalho, previsto no artigo 35.1 se materializaria na realização de uma política de pleno emprego, cuja determinação está contida no artigo 40[457].

Por sua vez, as diferentes medidas de política de emprego, desde o prisma individual, seriam apreciadas como um direito à inserção e permanência no mercado de trabalho sempre que se cumpram as condições exigidas[458].

Assim, neste ordenamento não se pode atribuir ao direito ao trabalho uma natureza unitária, sendo notáveis os esforços doutrinários para configurá-lo, ora como direito subjetivo, ora como obrigação pública, ora como direito de

---

[455] Rafael Sastre Ibarreche, “El derecho al trabajo”, pg. 127.
[456] Ibid., pgs. 127 e 128.
[457] Ibid., pgs. 127 e 128.
[458] Ibid., pg. 128.

personalidade ou como garantia institucional. Porém, à margem da própria discussão que envolve a categoria dos direitos subjetivos públicos, parece mais adequado falar do direito ao trabalho como autêntico direito constitucional[459].

No seio do sistema constitucional espanhol, o direito ao trabalho mantém o conteúdo prestacional que historicamente o caracteriza como direito social. Contudo, a sua inserção no marco econômico, desenhado pela CE, impede a sua configuração como um direito subjetivo dos cidadãos de reclamar, frente aos poderes públicos, um posto de trabalho adequado que satisfaça as suas necessidades básicas[460].

Por isso mesmo, para o referido autor, a solução passa por distinguir entre um conteúdo prestacional forte do direito, contido no artigo 25.2, e um conteúdo fraco, decorrente do artigo 35.1, conjugado com o artigo 40.1. Não se trata de direitos diferentes ou que apresentem naturezas distintas, mas que apresentam um elemento distintivo essencial: o maior ou menor poder de disposição dos poderes públicos sobre o objeto do direito – o posto de trabalho[461].

No ordenamento jurídico espanhol, de certo modo, a aproximação ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais tem como ponto final de referência o próprio TC. Por existirem vários pronunciamentos do Alto Tribunal sobre o tema, o autor inicia a análise a partir dos mesmos[462]; entretanto, de antemão já

---

[459] Rafael Sastre Ibarreche, “El derecho al trabajo”, pg. 130.
[460] Ibid., pg. 130.
[461] Ibid., pg. 130.
[462] Ibid., pg. 130. Mesmo assim, de acordo com a doutrina do TC (STC, Pleno, 11/1981, de 8 de abril) a aproximação ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais é o resultado de uma operação que deve se dar através de duas vias metodológicas complementares: em primeiro lugar, o reconhecimento do tipo abstrato do direito na situação concreta e, em segundo termo, a identificação do interesse que o direito procura objetivamente protegida.

esclarece que na maioria dos pronunciamentos que fazem menção ao direito ao trabalho, as referências são precipitadas, inclusive secundárias.

Desta forma, para entender o alcance que a jurisprudência constitucional outorga a este direito, continua sendo de grande importância a construção efetuada na primeira das resoluções em que se abordou o problema, ou seja, a STC, Pleno, 22/1981, de 2 de julho[463].

Este primeiro pronunciamento do TC sobre o direito ao trabalho se deu em função da análise de constitucionalidade da DA 5ª ET, em sua originária redação de 1980, que acolhia a possibilidade da aposentadoria forçosa do trabalhador por cumprimento de idade. Em sua argumentação, o Tribunal distinguiu três linhas de raciocínio: a presunção de incapacidade, a política de proteção à terceira idade e a situação do mercado[464].

Sobre a primeira linha indicada, o TC entendeu que não é possível nem razoável presumir a incapacidade para todos os trabalhadores mediante a imposição de uma idade, sem levar em consideração o setor econômico e a classe de atividade em que desenvolvam suas atividades[465].

Quanto à segunda linha de raciocínio, que justificaria a limitação ao exercício do direito ao trabalho em função da aposentadoria (que se materializa em uma conquista no processo de humanização do trabalho e em uma medida de proteção da terceira idade), o Tribunal aponta a distância existente entre os critérios que sustentaram a aposentadoria obrigatória e os que inspiram as

---

[463] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 130.
[464] Ibid., pg. 131.
[465] Ibid., pg. 131. Para o TC, ainda assim, tal presunção somente poderia ser cogitada quanto aos trabalhadores por conta alheia (subordinados), incluídos no âmbito de aplicação do ET.

recentes políticas de proteção da velhice, concretamente fixados na Recomendação N. 162 da OIT. Desta forma, as justificativas aduzidas para fundamentar tal limitação incondicionada não podem ser aceitas, segundo a ótica do princípio de igualdade e dos princípios contidos no referido texto internacional[466].

Justamente ao analisar a terceira linha de raciocínio, o TC se pronuncia acerca da configuração e alcance do direito ao trabalho. Segundo este Tribunal no ordenamento espanhol o direito ao trabalho adota uma dupla faceta[467].

Por um lado, em uma dimensão individual (concretizada no artigo 35.1 CE) implica o direito de todas as pessoas a ocuparem um determinado posto de trabalho, desde que preencham a capacidade exigida, e o direito à estabilidade no emprego, isto é, a não serem despedidas sem a ocorrência de justa causa. De outra forma, uma dimensão coletiva (emanada do artigo 40.1) supõe um mandato dirigido aos poderes públicos para que realizem uma política de pleno emprego[468].

Essa distinção teórica levou o TC a afirmar que a política de emprego baseada na jubilação forçosa é uma política de reparto ou redistribuição de trabalho e, como tal, supõe a limitação do direito ao trabalho de um grupo de trabalhadores para garantir o direito ao trabalho de outro grupo.

Através desta jubilação, limita-se temporalmente ao primeiro o exercício individual ao trabalho mediante a fixação de um período máximo em que esse direito pode ser exercitado, com a finalidade de fazer possível ao segundo o exercício desse mesmo direito.

---

[466] Rafael Sastre Ibarreche, “El derecho al trabajo”, pg. 131.
[467] Ibid., pg. 131.
[468] Ibid., pg. 131 e 132.

A limitação do direito que a política de emprego leva implícita, através da aposentadoria forçada, tem conseqüentemente sua origem e justificação na realização de uma política econômica de pleno emprego; (...) (FJ. 8º)'[469].

Para o Tribunal, tal limitação do direito ao trabalho encontraria uma justificativa tanto em textos internacionais, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 29.2) e Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966), como no artigo 9.2 CE, que permitem sustentar que 'a fixação de uma idade máxima de permanência no trabalho seria constitucional sempre que com ela se assegurasse a finalidade perseguida pela política de emprego: ou seja, em relação com uma situação de desemprego, se se garantisse que a dita limitação proporcione uma oportunidade de trabalho à população em desemprego, pelo que não pode se supor, em nenhum caso, uma amortização de postos de trabalho' (FJ 9º). Com isso, o requisito da não amortização se configura como cláusula de proteção do quadro de funcionários[470].

O Tribunal destaca que o reconhecimento da proteção por aposentadoria forçosa está vinculado à complementação dos períodos de carência, sendo este, portanto, um condicionamento à compensação que o trabalhador recebe por ela. Contudo, há quem destaque a falta de profundidade do TC ao fazer tal análise, pois, certamente, "não é compensação a circunstância de que o trabalhador tenha direito aceder à pensão em razão de suas cotizações, uma vez que teria este direito também quando se tratasse de um término voluntário"[471].

---

[469] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 132.
[470] Ibid., pg. 132.
[471] Ibid., pgs. 132 e 133.

A STC 22/1981, partindo de uma distinção básica entre um âmbito individual e um âmbito coletivo procurou dotar o direito ao trabalho (reconhecido no artigo 35.1 CE) de um conteúdo determinado[472].

No primeiro aspecto, em sua vertente individual, o ponto de referência normativo é o artigo 35.1. Deste modo, a incidência do direito ao trabalho vai além da relação de trabalho já constituída, cuja eficácia se estende sobre toda a vida da relação individual de trabalho[473]. Já no segundo aspecto, na dimensão coletiva, o direito ao trabalho fica integrado no artigo 40.1 CE, isto é, no campo da política de pleno emprego; identificando-se, portanto, com a ação dos poderes públicos para a consecução de uma situação de plena empregabilidade[474].

Contudo, o TC não enfrentou definitivamente o problema da articulação entre os dois aspectos deste direito. Esta articulação, ainda que em certos momentos se apresente de forma harmônica, como no caso da obrigatoriedade de reservas de postos de trabalho imposta por uma política de emprego, em outras ocasiões apresenta traços bem divergentes, como, por exemplo, quando a extinção dos contratos de trabalho autorize o acesso de novos trabalhadores aos postos vagos, havendo assim um sacrifício do âmbito individual em função do coletivo, ou seja, da consecução de uma política de emprego[475].

Rafael Sastre Ibarreche, ao analisar a referida Sentença 22/1981, aponta duas divergências com a doutrina esboçada pelo TC. Em primeiro lugar, não cabe vincular a liberdade de trabalhar e o direito ao trabalho, cujas linhas evolutivas

---

[472] Rafael Sastre Ibarreche, “El derecho al trabajo”, pg. 133.
[473] Ibid., pg. 134.
[474] Ibid. pg. 133.
[475] Ibid. pg. 134.

históricas e implicações jurídicas são divergentes. E em segundo, existem outras implicações do direito ao trabalho, além daquelas assinaladas, a seu juízo, pelo TC a título meramente exemplificativo.

Ainda que a resolução do intérprete constitucional tenha sido objeto de muitas críticas doutrinárias, também merece elogios pela conexão que realizou entre o marco jurídico e a política de emprego[476].

Assim, o direito ao trabalho contemplado no artigo 35.1 CE se traduziria em um direito individual a aceder ao emprego e a nele se manter, salvo por justo motivo. Já a articulação de uma política de emprego supõe a criação de uma situação em que este direito será cumprido mais facilmente, o que não se apresenta, necessariamente, como uma premissa para que aquele exista. Neste sentido, deve-se entender a separação metodológica sugerida na análise dos artigos 35.1 e 40.1 CE[477].

A construção elaborada pelo TC na Sentença 22/1981 indica um predomínio do aspecto coletivo sobre o individual; contudo, o autor dedica uma atenção especial ao segundo aspecto, por estar convicto da elasticidade potencial que o direito ao trabalho possui e que lhe torna um princípio iluminador da relação de trabalho e do contrato de trabalho[478].

O tema também está previsto em legislação infraconstitucional na seção 2ª - "Derechos y deberes laborales básicos", o artigo 4º do ET quando assinala: n. 1 que 'os trabalhadores têm como direitos básicos (...): trabalho e livre eleição de

[476] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 136.
[477] Ibid., pg. 134.
[478] Ibid., pg. 150.

profissão ou ofício (a)', reflete o reconhecimento dos primeiros incisos do artigo 35.1 da CE[479].

[479] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 149. Ver Jesús Cruz Villalón; Jesús Maeztu Gregório de Tejada. "Estatuto de los trabajadores", pg. 88-98.

CAPÍTULO IV - O DIREITO AO TRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO[480]

O objetivo central deste Capítulo é demonstrar que o direito ao trabalho assume o caráter de fundamental no texto constitucional de 1988, e, a partir daí, analisar as principais conseqüências desta positivação.

Neste percurso, fez-se um retrospecto dos textos constitucionais anteriores a 1988, procurando identificar se estes textos positivaram a liberdade de trabalho", o "dever de trabalhar" e o "direito ao trabalho" e, em caso afirmativo, se houve alguma confusão conceitual ou terminológica entre as mesmas.

Em seguida, as discussões se centraram na Constituição Federal de 1988. Tomando-a como parâmetro, avaliou-se também se existem dispositivos que reconhecem a "liberdade de trabalho", o "dever de trabalhar" e o "direito ao trabalho". E se houve uma confusão conceitual entre elas. Neste compasso, cuidou-se das disposições normativas que se vinculam ao direito ao trabalho neste texto.

Após, passou-se a considerar acerca da fundamentalidade do direito ao trabalho. Na seqüência, abordou-se sobre o seu caráter estrutural para, então,

---

[480] Na elaboração deste Capítulo foram considerados os seguintes questionamentos: - Os textos constitucionais anteriores ao de 1988 reconheceram alguns direitos fundamentais? - Estes textos constitucionais (anteriores ao de 1988) reconheceram o direito ao trabalho? - Podia-se detectar uma confusão entre liberdade de trabalhar, dever de trabalhar e direito ao trabalho? - Qual a importância da promulgação da Constituição de 1988 para o país? - Neste texto se estabeleceu um critério de sistematização dos direitos fundamentais? - Os princípios da "valorização do trabalho humano" e da "liberdade de empresa" estão positivados na Constituição de 1988 como fundamentos do Estado brasileiro? - O direito ao trabalho possui o caráter de fundamental na Constituição de 1988? - Se afirmativamente, ele assume a estrutura de regra ou de um princípio? - Visualiza-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão normativa de uma dimensão individual e uma dimensão coletiva do direito ao trabalho? - Por se correlacionar com questões econômicas, a sua configuração como um direito subjetivo fica prejudicada? - Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao trabalho, tanto em sua vertente individual como coletiva, envolve interesses transindividuais? - Segundo a constituição de 1988, os titulares ativos do direito ao trabalho são todos os cidadãos brasileiros? - E os cidadãos de outros países? - Quem são os seus titulares passivos? - Quais os direitos foram petrificados pelo artigo 60, § 4o, inciso IV?
- Somente os direitos "individuais", ou, todos os direitos fundamentais previstos no texto?

averiguar sobre uma possível separação teórica do mesmo em uma dimensão individual e em uma dimensão coletiva. Investigou-se também sobre os seus sujeitos ativo e passivo.

IV.1. O direito ao trabalho nas Constituições anteriores à de 1988

Como já mencionado, esta análise levou em consideração a confusão conceitual e terminológica que se fez entre "liberdade de trabalho", "dever de trabalhar" e "direito ao trabalho", já discutida no Capítulo III. Diante disso, este retrospecto procura identificar se os textos anteriores à Constituição de 1988 positivaram estas três figuras e, em caso afirmativo, se houve tal confusão entre as mesmas.

IV.1.1. A "Constituição Política do Império do Brasil - Jurada a 25 de Março de 1824"

A primeira Constituição Brasileira adotou um modelo tipicamente liberal. O Título 8º ("Das disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros"), Capítulo III, artigo 179, consagrou direitos e garantias individuais que permaneceram em todas as Constituições Brasileiras[481].

[481] De modo geral, os direitos fundamentais estiveram presentes em todos os textos constitucionais brasileiros, mas nem sempre foram respeitados, sofrendo inúmeros avanços e retrocessos. O referido artigo 179, nos incisos I a III, tratou do princípio da legalidade e irretroatividade da lei. Por sua vez, os incisos IV a V cuidaram da liberdade de pensamento e de religião. O inciso VI reconheceu a liberdade de locomoção dentro e fora do país. O inciso VII fez menção à inviolabilidade do domicílio. Os incisos VIII a X determinaram a possibilidade de prisão somente por flagrante delito ou com ordem da autoridade competente, permitindo a fiança. Os incisos XI, XII e XVII regularam o princípio do juiz natural, da anterioridade e da reserva legal. Os incisos XIII, XIV e XVI dissertaram sobre o princípio da igualdade e acesso aos cargos públicos. O inciso XV tratou do princípio da proporcionalidade de contribuição tributária. Os incisos XIX e XX abordaram a abolição das penas cruéis e individualização da pena. O

Dentre os referidos incisos nos interessa, particularmente, os incisos XXIV e XXV, que determinavam:

> "Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte (...)
>
> XXIV. Nenhum gênero de trabalho, de cultura, industria, ou comercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos
>
> XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres"[482].

Seguindo os parâmetros tipicamente liberais da época, este documento fazia referência à liberdade de trabalho e à eliminação das chamadas "corporações de officios", cujo contexto deve ser adaptado ao regime imperial e

---

inciso XXI falou sobre o princípio da dignidade do preso. O inciso XXII regulou o direito de propriedade. O inciso XXVI regulou o direito de propriedade da invenção. O inciso XXVII tratou da inviolabilidade de correspondência. O inciso XXVII determinou o direito adquirido pelos serviços prestados ao Estado. O inciso XXX regulou o direito de petição. O inciso XXXIV estipulou a garantia dos direitos individuais. Dizendo: "Os poderes Constitucionaes não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuais, salvo nos casos, e circunstâncias especificadas no parágrafo seguinte". Por derradeiro, o inciso XXXV falou sobre o estado de sítio e de defesa. Como referência aos direitos econômicos, sociais e culturais. Os incisos XXXI a XXXIII dissertaram sobre o direito à saúde e instrução primária gratuita: "XXXI. A Constituição também garante os socorros publicos. XXXII. A Instrução primaria, é gratuita a todos os Cidadãos. XXXIII. Colégios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Ciências, Belas Letras, e Artes", *In* Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pgs. 810-812.

[482] Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pg. 810.

escravagista então vigente[483]. Nesta medida, previa-se, ainda que restritivamente, a "liberdade de trabalho", e não o direito ao trabalho[484].

Francisco Iglesias faz uma crítica pontual a este texto, quando comenta que a Constituição de 1824, como se fazia em toda a Europa, declarou o trabalho livre e proibiu as corporações de ofício, mas curiosamente manteve o trabalho escravo[485].

Neste texto, também não se fez qualquer menção quanto ao "dever de trabalhar". Mas, a Lei nº 3.270 de 1885, conhecida como Lei Saraiva-Cotegipe ou Lei dos Sexagenários, que cuidava da "extinção gradual do elemento servil", estabelecia, em seu artigo 3º, §17º, que qualquer liberto encontrado sem ocupação seria obrigado a empregar-se ou a encontrar serviços no prazo que lhe fosse marcado pela polícia.

Por sua vez, o artigo 4º, §5° determinava que o Governo estabelecesse colônias agrícolas em diversos pontos do Império ou nas Províncias fronteiras, regidas com disciplina militar, para as quais seriam enviados os libertos sem ocupação[486]. Esta situação, no mínimo curiosa, configurava uma imposição, via legislação infraconstitucional, de um "dever de trabalhar" aos libertos.

---

[483] Como explica Francisco Iglésias, "Constituintes e Constituições Brasileiras", pgs. 19 e 20, D. Pedro I prometeu ao povo uma Constituição liberal ao dissolver a 1ª Assembléia Constituinte brasileira, para tanto nomeou um Conselho de seis ministros e quatro personalidades jurídicas para a elaboração de seu projeto e "de posse do mesmo, o governo usou forma sutil para disfarçar a outorga. Enviou cópias às municipalidades, pedindo-lhes sugestões. Poucas atenderam".

[484] Lembre-se que o direito ao trabalho foi utilizado, inicialmente, no sentido "de liberdade de trabalhar", como uma justificativa empregada pelo emergente capitalismo para a superação do regime das corporações de ofícios em função de sua estrutura fechada e corporativista.

[485] Francisco Iglesias, "Constituintes e Constituições Brasileiras", pg. 22.

[486] Fonte de Pesquisa: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthistbr/imperio/sexagenarios.htm.
Data da Pesquisa: 13-02-06.

IV.1.2. A "Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil - promulgada a 24 de Fevereiro de 1891"

Sob a égide desta Constituição, a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 ampliou o rol dos direitos e garantias individuais com relação ao seu texto original, dentre eles, reconheceu-se o princípio da igualdade (§2º)[487]. Interessa-nos também o §24 do artigo 72, que garantia "o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial"[488].

Até mesmo como um reflexo da previsão destas disposições, no contexto brasileiro dos anos 1910 a 1930, existiu uma forte ação da classe trabalhadora no tocante à intervenção dos sindicatos no mercado de trabalho, cuja reação empresarial se situou no âmbito da defesa do princípio da "liberdade de trabalho" [489].

---

[487] Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pgs. 746-747. Titulo IV – "Dos Cidadãos Brasileiros, (...) Secção II – Declaração de Direitos. Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes: § 2º Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honorificas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho".

[488] Cabe destacar, ainda, os §§ 3º e 8º, que tratavam do direito à livre associação, inclusive, para fins religiosos: "§ 3º Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum" (...) "§ 8º A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a policia, senão para manter a ordem publica". A título ilustrativo destacamos o §4o – que regulou o direito à gratuidade do casamento civil, o § 5º – que discriminava o direito ao ensino leigo, o § 16 – que regulou o princípio da ampla defesa, os § § 20 e 21 – aboliram as penas de galés, de banimento judicial e de morte, o § 22 – garantiu o remédio do habeas-corpus, o § 23 – impediu o foro privilegiado, o § 26 – instituiu o direito autoral, o § 30 – previu a legalidade tributária, o § 32 – dizia que irredutibilidade de vencimentos civis ou militares não eximia da obrigação de pagar os impostos criados por lei.

[489] É bem possível que o regime de trabalho portuário adotado nos portos brasileiros tenha sofrido influência destas discussões. Como destaca João de Lima Teixeira Filho, neste regime "o sindicato detinha esse verdadeiro monopólio de fornecimento de mão-de-obra avulsa. Como era vedada a contratação direta, o usuário requisitava mão-de-obra ao sindicato e este, a seu talante, encaminhava para a prestação de serviços os avulsos que ele próprio credenciava". In Arnaldo Süssekind; Délio Maranhão; Segadas Vianna; João de Lima Teixeira Filho. "Instituições de Direito do Trabalho", Volume 2, pg. 1057. Atualmente, o trabalho portuário é regulado pela Lei 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, denominada Lei de Modernização dos Portos. Segundo o mesmo autor, esta lei tem "o nítido propósito de descorporativizar as relações de trabalho nos portos brasileiros. Além de sepultar o monopólio sindical na intermediação de trabalhadores (...)". Sobre trabalho portuário ver Thiago Lobo Viana Gonçalves Nunes. "O Trabalho Portuário e a Lei de Modernização dos Portos". Dissertação de Mestrado, sob a orientação do Prof. Dr. Renato Rua de Almeida, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003. Segundo o autor, "em dezembro de 1930, foi criado o Centro dos Estivadores de Santos, sendo reconhecido como

Angela Maria de Castro Gomes traduz claramente o problema ao transcrever um diálogo ocorrido em uma reunião do Centro de Comércio e Indústria do Rio de Janeiro com representantes de sindicatos grevistas. Estas observações demonstram a relevância histórica e jurídica que a "liberdade de trabalho" adquiriu naquele contexto:

> "Usando da palavra, Francisco Leal, membro deste Centro e também diretor da Associação Comercial, esclarece:
>
> 'Não teríamos dúvida em ocupar mesmo os filiados a qualquer das sociedades, desde que viessem contratar conosco para, livremente, estabelecermos o preço razoável do serviço. Esta maneira de monopolizar o trabalho, em prejuízo de quem não pertença à Resistência, é que não se coaduna com os direitos que nos são garantidos'.
>
> E mais adiante, discutindo com o representante da Resistência:
>
> 'Francisco Leal - Queremos apenas essa coisa muito simples que as leis garantem: a liberdade de trabalho.
>
> Sr. Muñoz - Que é a liberdade de trabalho?
>
> Sr. Leal - É o direito que cada um de nós tem de mandar fazer o serviço, por quem nos ofereça maiores garantias e preços menores.
>
> Sr. Muñoz - Os senhores podem escolher os operários, mas estes não podem escolher os patrões porque têm necessidades deles, logo não há liberdade de trabalho e onde há necessidade, não há liberdade".

Como se sabe, as reivindicações por melhores condições de trabalho estavam imersas em uma questão bem mais ampla: a participação coletiva dos

---

entidade sindical, representativa da categoria profissional em 1939, passando a denominar-se Sindicato dos Estivadores de Santos". Já sob a égide da Constituição de 1937, o Decreto 1.371 de 23 de junho de 1939, editado para regular o serviço de estiva e sua fiscalização, reconheceu oficialmente os sindicatos dos estivadores como órgão arregimentador da mão-de-obra portuária para a execução desses serviços em seu artigo 3º, "b".

trabalhadores em um mercado de trabalho livre, através de seus sindicatos. A classe empresarial brasileira, no entanto, divergiu quanto à forma de se enfrentar tais reivindicações, mas a defesa da liberdade de trabalho sempre foi um ponto pacífico entre as duas tendências que se formaram[490].

Tais fatos indicam que o referido texto constitucional cuidou tão somente da liberdade de trabalho, sem fazer qualquer confusão conceitual entre esta e o direito ao trabalho[491]. Também não se fez qualquer menção ao "dever de trabalhar".

O movimento de 30 inaugurou a Segunda República. Com o afastamento do governo de Washington Luís, uma Junta ocupa o poder durante alguns dias, passando-o a Getúlio Vargas em 3 (três) de outubro; organiza-se o Governo Provisório através Decreto 19.398, uma espécie de lei básica até a assinatura da Constituição em 34. Contudo, por parte de Getúlio Vargas notava-se uma certa

---

[490] Angela Maria de Castro Gomes, "Burguesia e Trabalho - Política e Legislação Social no Brasil 1917-1937", pgs. 148, 149, 150, 152 e 153. Estas divergências se deram entre o Centro Industrial do Brasil – CIB e o Centro Industrial de Fiação e Tecelagem do Algodão – CIFTA. Uma corrente defendia que "a solução para o patronato estaria em implementar medidas de regulamentação do trabalho na órbita das relações individuais e no âmbito das fábricas, tomadas como unidades isoladas e diferenciadas". Tais diretrizes foram traçadas no âmbito do CIFTA e seus ataques não se restringiam apenas "às tentativas de unidade sindical de uma categoria profissional, mas, de forma mais ampla, ao desenvolvimento de um movimento associativo, porque este certamente poderia traçar o caminho do controle da mão-de-obra pelos sindicatos organizados". A outra entendia que "a defesa da liberdade de associação é, ao mesmo tempo, a defesa da 'liberdade de trabalho', podendo o trabalhador ser sindicalizado ou não". Os fundamentos deste modelo associativo se baseavam nas "Trade Unions" inglesas e convergiam às colocações de grandes intelectuais da época, dentre os quais Evaristo de Moraes. Como veríamos mais tarde, as diretrizes impostas por Getúlio Vargas no Estado Novo foram muito similares àquelas da primeira corrente.

[491] No cenário brasileiro não se fez uso da figura do "direito ao trabalho" para tutelar o direito dos trabalhadores não afiliados a adquirir e a conservar postos de trabalho, como nos ordenamentos jurídicos de modelo anglo-saxão, especialmente nos EUA e Inglaterra que, ante a pressão dos sindicatos pelo controle da contratação de mão-de-obra, apontam o direito ao trabalho como uma forma de tutela dos direitos dos trabalhadores não afiliados a adquirir e a conservar seus postos de trabalho. Contudo, como visto, esta discussão se situa muito mais no âmbito da "liberdade de trabalho" e da "liberdade negativa do exercício do direito de greve" do que propriamente no do direito ao trabalho. Sobre cláusulas de segurança sindical (Clausulas de seguridad), epecialmente as denominadas "closed shop", ver Eduardo Gonzalez Biedma, "El 'closed shop' em Gran Bretana – 'Employment Act'1982", pg. 20. Segundo o autor, há quem entenda que a participação de todos os trabalhadores em associações sindicais é necessária, porém nunca sob o preço da coação, atentando-se contra a liberdade e direito ao trabalho.

"má vontade quanto à recondução à ordem normal". O certo é que diante da revolução paulista de 32, que se chamou constitucionalista, a situação tornou-se insustentável e, no dia 15 de novembro de 1933, reuniu-se uma nova Constituinte[492].

IV.1.3. A "Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil - promulgada em 16 de Julho de 1934"

Este texto constitucional, sob a influência da Constituição de Weimar (1917), inseriu a democracia social[493] em nosso país, estabelecendo já em seu Preâmbulo "um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem estar social e econômico"[494].

No Título III[495], no Capítulo II - "Dos Direitos e das Garantias Individuaes", assegurava aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país "a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistência, á segurança individual e á propriedade" (artigo 113[496], caput); enumerando nos números subseqüentes vários

---

[492] Francisco Iglesias, "Constituintes e Constituições Brasileiras", pgs. 40, 42 e 43. Uma peculiaridade neste processo é a existência de 40 deputados "classistas", cuja representação estava prevista no Código Eleitoral de 1932. Paulo Bonavides; Paes de Andrade, "História Constitucional do Brasil", pg. 319. O autor narra que "a Assembléia Constituinte reunida em 1933 contrasta com a de 1891, inicialmente pelo entusiasmo com que a população a acolheu, ao contrário da indiferença que envolveu a primeira Constituinte republicana. Os constituintes eram em número de 214, entre os quais uma inovação e peculiaridade: 40 deputados 'classistas'; 18 representantes dos empregados, 17 dos empregadores, três profissionais liberais e dois funcionários públicos. As correntes de pensamento mais diversas estavam aí representadas, pois além dos 'classistas', viam-se, ainda, deputados como Zoroastro Gouvêa e Lacerda Werneck, eleitos pelo Partido Socialista. As preocupações parecem adquirir âmbito nacional. Um fato muito importante não pode ser esquecido: as mulheres votaram pela primeira vez, o que fez do Brasil um dos pioneiros do voto feminino em todo o mundo".

[493] Com Paulo Bonavides, "História Constitucional do Brasil", pg. 321, destacamos que "o teor social domina, pois a Constituição de 1934, ocorrendo em relação à 1891 uma justaposição hegemônica de valores, cuja incorporação ao texto recente não importou todavia em supressão dos direitos e garantias já contidas na primeira declaração republicana, de marcado cunho individualista".

[494] Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pg. 661.

[495] "Titulo III - Da Declaração de Direitos".

[496] Nos itens 3 e 27 – dissertou sobre o direito adquirido, o acto jurídico perfeito e a coisa julgada e a retroatividade da lei em benefício do réu, no item 4 – determinou que: "Por motivo de convicção

direitos e garantias individuais[497]. Compete-nos destacar os ns. 13 e 34[498]. O artigo 122 que instituiu a Justiça do Trabalho para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, à qual não se aplicava o Capítulo IV do Titulo I - "Do Poder Judiciário"[499].

Nesta medida, o texto de 1934 se referiu expressamente à "liberdade de profissão" no n. 13 do artigo 113, que consiste em uma das formas de manifestação da "liberdade de trabalho". No n. 34, deste mesmo artigo, pela primeira vez, positivou o direito ao trabalho em nosso ordenamento jurídico. Mas o gozo deste direito estava associado aos ditames do artigo 121, §5º[500], na medida em que este dispositivo procurava traçar ações concretas para a realização daquele.

Philosophicas, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos", nos itens 29 e 30 – obstou a pena de confisco, a prisão perpétua e a prisão por dívidas, multas ou custas, no item 31 – impossibilitou a extradição por crime político ou de opinião de estrangeiros, e, em qualquer, caso de brasileiros, no item 32 – concedeu a assistência judiciária gratuita, nos itens 33 e 38 – previu o mandado de segurança e a ação popular, no item 35 – garantiu o direito de informação e certidão, no item 37 – impôs o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

[497] Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pgs. 694, 695, 696. Nos ns. 1, 12 e 17 acrescenta, respectivamente: o princípio da igualdade, a liberdade de associação, cuja dissolução somente poderia se dar por sentença judicial e o direito de propriedade que não poderia "ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar".

[498] Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pgs. 694, 699 e700. O n. 13 previa a liberdade de profissão, "observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditados pelo interesse publico". O n. 34 estabelecia que "a todos cabe o direito de prover á própria subsistência e á da sua família, mediante trabalho honesto. O poder público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência". Distintamente da Constituição de 1891 amplia o seu campo de aplicação ao determinar que "não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos Paes, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas".

[499] Arnaldo Süssekind esclarece que a Justiça do Trabalho foi instituída pela Constituição de 1934. Em outubro de 1935, "o Ministro do Trabalho Agamemnon Magalhães, submeteu ao Presidente da República o anteprojeto de organização da Justiça do Trabalho e, em 1º de dezembro de 1936, mensagem presidencial submetia o projeto à apreciação do Congresso. Enviado à Comissão de Justiça da Câmara, teve como relator o Deputado Valdemar Ferreira, que pretendeu modificar substancialmente o projeto enviado, entrando em tertúlia pública com Oliveira Viana", In Arnaldo Süssekind; Délio Maranhão; Segadas Vianna; João de Lima Teixeira Filho. "Instituições de Direito do Trabalho", Volume 1, pg. 60. Ver Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pgs. 679-686.

[500] O artigo 121 estipulava que "a lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições de trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses economicos do paiz". O § 5º, deste artigo, estabelecia, por sua vez, que "a União promoverá, em cooperação com o Estados, a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho". Em seu § 1º, reconhece que a "a legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador", dentre eles, "proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil" (letra a), "salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, ás necessidades normais do trabalhador (letra b)", "indenização ao

Dito de outra forma, o texto constitucional de 34, ao mesmo tempo em que previa que "a todos cabe o direito de prover a própria existência e á de sua família, mediante trabalho honesto" (art. 113, n. 34), procurava fornecer um local de trabalho (colônias agrícolas) àqueles que se encontravam em zonas de pobreza (art. 121, §5º).

Contudo, o referido §5º, do art. 121, também determinava o "encaminhamento" dos "sem trabalho" às referidas colônias, o que indica a imposição de um "dever de trabalhar" àqueles que não possuíam ou não queriam um posto de trabalho.

É interessante destacar que na década de 30 a criação de "colônias agrícolas nacionais" e os "núcleos coloniais agroindustriais" se deram através da política oficial de colonização, a cargo do Ministério da Agricultura. Esses núcleos "deveriam" fornecer recursos para uma vida sadia, através de práticas agrícolas, moradias e hábitos sanitários satisfatórios[501].

Na parte final do n. 34 do art. 113, nota-se, ainda, uma certa confusão entre a figura do direito ao trabalho com outras medidas de caráter assistencial, quando declarava que o poder público devia amparar, na forma da lei, os que estivessem em indigência[502].

---

trabalhador dispensado sem justa causa (letra g)". No § 6o impõe restrições à entrada de imigrantes ao território nacional, onde se nota reflexos concretos do princípio de prevalência do mercado nacional que será tratado mais adiante.

[501] Fernando Carlos Wanderley Rocha, "Vigência do Decreto-Lei N. 844/38", pgs., 3 a 6. Fonte de pesquisa: www.2camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema21/2005_5400.pdf. Data da pesquisa: 13-02-2006. Através do Decreto-Lei de 16 de junho de 1939 foram criadas colônias militares de fronteiras, a serem instaladas em locais escolhidos pelo Conselho de Segurança Nacional e subordinadas diretamente ao Ministério da Guerra. O próprio Exército Brasileiro, de certa maneira, foi o grande inspirador dessa forma de ocupação do solo no País, mas de todas as colônias inicialmente vislumbradas, só vingaram, e ainda assim, muito tempo depois, a do Oiapoque (1964-1980), no Amapá, e a de Tabatinga (1967-1984), no Amazonas. Mais recentemente, nem a Constituição de 1988, tampouco a Lei 8.629 de 25 de fevereiro de 1993, que regulamentou os dispositivos constitucionais sobre o tema, fazem menção às colônias agrícolas e aos núcleos coloniais.

[502] O que consistia numa justificativa para o encaminhamento daqueles que se encontram "sem trabalho" às chamadas colônias agrícolas para que saíssem do estado de indigência.

Mesmo assim, comenta-se que a Constituição de 1934, nos capítulos sobre a ordem econômica e social, converteu-se "numa apaixonada plataforma de idéias", que marcaram a índole do Estado brasileiro, mas foi submersa pelas agitações político-sociais que abalaram o país e pereceu ao golpe de Estado de 1937[503].

IV.1.4. A "Constituição dos Estados Unidos do Brasil - decretada em 10 de novembro de 1937"

Esta Carta foi proveniente da ditadura instalada por Getúlio Vargas e representou um grande retrocesso no tocante aos direitos e garantias individuais[504]. No artigo 8º reconheceu "a liberdade de escolha de profissão ou gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei"[505].

Seguindo o traço populista de Getúlio Vargas, o presente texto enumerou dentro do fragmento "Da ordem Econômica" - artigos 135[506] a 155, um amplo rol de direito sociais[507].

---

[503] Paulo Bonavides; Paes de Andrade, "História Constitucional do Brasil", pg. 325. Com o que Paulo Bonavides conclui que a Constituição de 1934 teve "a mesma sina de sua matriz européia, a de Weimar".

[504] Apesar de estarem disciplinados no artigo 122, não se fez menção ao princípio da legalidade e irretroatividade da lei, ao princípio do direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, bem como não previu a ação popular e o mandado de segurança. Adotou postura ainda mais drástica, quando no item 13, do citado artigo 122, estabeleceu a pena de morte para os crimes políticos e para os homicídios cometidos por motivo fútil e com extremos de perversidade a pena de morte. E ainda, quando no item 15, restringiu o direito de manifestação do pensamento, mediante a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinema e da radiodifusão, e, no item 17, permitiu a criação de um Tribunal Especial para os crimes que atentarem contra o Estado.

[505] No artigo 9º previu "a liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes" e, no artigo 10º, o direito de reunião pacífica e sem armas, estando todas as reuniões a céu aberto sujeitas à formalidade de declaração e à interdição em caso de perigo imediato para a segurança pública.

[506] Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pg. 601. O artigo 135 previa que a intervenção do Estado no domínio econômico poderia ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. Tal intervenção só se legitimava "para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado".

O ideólogo deste texto foi o ministro Francisco Campos, político mineiro de reconhecido corte reacionário, cuja atuação foi resumida por Edgard Carone, "A Terceira República - 1937 - 1945":

> '(...) o trabalho de Francisco Campos é um amálgama entre fórmulas fascistas, nacionalistas e de caráter liberal, a última como solução de camuflagem. Esse conjunto de fórmulas é subordinado a uma estrutura legal totalitária, onde o Executivo é o poder dominante. Seu limite é extenso e abrange não só o poder político, como também os de decisão social e econômica'[508].

O próprio Francisco Campos, então Ministro da Justiça, retratou a concepção do chamado "Estado Novo", ao considerar que "'o princípio da liberdade não garantiu a ninguém o direito ao trabalho, à educação, à segurança" e que "só o Estado forte pode exercer a arbitragem justa, assegurando a todos o gozo comum da herança comum da civilização e da cultura"[509]. Estas palavras retratam como os governos autoritários, característicos deste período, utilizaram-se de argumentos falaciosos e populistas, notadamente de caráter econômico-social, como justificativa para a restrição de direitos civis e políticos.

Nesta medida, o artigo 136[510] foi dedicado ao trabalho. Inicialmente, delimitou-o como um dever social, ou seja, traçou-se um dever moral do cidadão

---

[507] Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pgs. 601 a 604.

[508] Edgard Carone, "A Terceira República – 1837 – 1945", pg. 142, Apud Paulo Bonavides; Paes de Andrade, "História Constitucional do Brasil", pg. 345.

[509] Paulo Bonavides; Paes de Andrade, "História Constitucional do Brasil", pg. 346. O nome Estado Novo advém do regime português da Chamada Revolução Nacional de 1926.

[510] O artigo 136 determinava que "o trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito à proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa". O artigo 138 previa que a "associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal (...)". Os artigos 150 a 153, nos moldes da Constituição de 1934, mantinham as restrições à entrada de imigrantes ao território nacional.

de contribuir à sociedade através de seu trabalho[511]. Num segundo momento, reconheceu a proteção igualitária do trabalho intelectual, técnico e manual pelo Estado, associando-a ao artigo 139[512]. Por fim, garantiu o direito de todos a subsistir mediante o seu trabalho honesto, que se configurava em um bem a ser promovido e protegido pelo Estado.

Este texto constitucional cuidou, no mesmo artigo, do dever social de trabalhar e do direito ao trabalho, o que não indica uma confusão conceitual propriamente dita, mas uma deficiência quanto à técnica redacional. Corroboram para estas assertivas o fato de que, pela primeira vez, reconheceu-se explicitamente o dever do Estado para com a proteção e promoção deste direito.

De todas as formas, ainda que o Estado Novo tenha reconhecido o trabalho como um direito e um dever dos cidadãos e a intervenção do Estado no domínio econômico sob a forma de controle, estímulo ou gestão direta, estes dispositivos não foram aplicados em toda sua plenitude, assim como grande parte da constituição (com exceção dos dispositivos autoritários que serviram aos interesses imediatos do poder).

Francisco Iglésias retrata com precisão este período da história constitucional brasileira, ao afirmar que esta Constituição não decorre de uma

---

[511] Nos antigos países de regime socialista, cujas constituições são contemporâneas a esta, o trabalho não se tratava de uma obrigação social ou moral, mas de um dever a ser cumprido pelos cidadãos e fiscalizado pelo Estado, que, ao adotar uma economia planificada, detinha o controle do direcionamento daqueles aos postos de trabalho.

[512] O artigo 139, nos moldes da Constituição de 1934, instituía a Justiça do Trabalho para dirimir questões entre empregadores e empregados, à qual não se aplicavam "as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da justiça comum". Arnaldo Süssekind nos conta que depois do golpe de Estado o governo nomeou uma comissão para preparar um novo projeto de organização da Justiça do Trabalho, composta pelos juristas Deodato Maia, Luiz Augusto do Rego Monteiro, Oliveira Viana, Oscar Saraiva, Geraldo Faria Batista e Helvécio Xavier Lopes. Em 02 de maio de 1939, a Justiça do Trabalho foi organizada pelo Decreto-lei n. 1.237. Entretanto, a nova Justiça foi instalada a 1º de maio de 1941 em todo o território nacional, In Arnaldo Süssekind; Délio Maranhão; Segadas Vianna; Lima Teixeira. "Instituições de Direito do Trabalho", pg. 60.

Constituinte, tratando-se de uma "carta imposta, sem a mínima participação popular. Demais, a ordem que propõe não chega a ser instalada"[513].

Com a presença do Brasil na II Guerra Mundial em 1944 e 1945 (lutando pela liberdade na Europa) o sentimento oposicionista ao Estado Novo toma proporções inusitadas. Getúlio tenta mais uma manobra com o movimento queremista, porém, desta vez, falta-lhe o apoio militar de outrora, sendo forçado a depor e a passar o governo ao Poder Judiciário até as novas eleições, cujo vitorioso é Gaspar Dutra. Uma nova Constituinte começa a trabalhar no dia 2 de fevereiro de 1946, todavia, sem um projeto especial como em 1890 e 1933[514].

IV.1.5. A "Constituição dos Estados Unidos do Brasil - promulgada em 18 de setembro de 1946"

Este texto constitucional assimilou as idéias das Constituições de 1891 e 1934, restabelecendo os direitos e garantias individuais outrora adquiridos sob um modelo de Estado Democrático Social[515].

Estabeleceu-se no Título IV ("Da Declaração de Direitos"), no Capítulo I, os direitos de nacionalidade e cidadania e, no Capítulo II, os direitos e garantias individuais, dentre os quais, "o livre exercício de qualquer profissão, observadas as condições que a lei estabelecer" (artigo 141, § 14)[516].

---

[513] Francisco Iglesias, "Constituintes e Constituições Brasileiras", pg. 55.
[514] Francisco Iglesias, "Constituintes e Constituições Brasileiras", pg. 57, 61, 62.
[515] Já em seu Preâmbulo estipula: "Nós representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição (...)".
[516] Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pgs. 484 a 490. O artigo 141 estabeleceu: "Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos

O Título V - “Da Ordem Econômica e Social”, no artigo 145, procurou equilibrar o princípio da livre iniciativa com o princípio de justiça social:

> “A ordem econômica dever ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.
>
> Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social”[517].

O artigo 157 traçava as diretrizes da legislação do trabalho e da previdência social em XVII incisos[518]. O artigo 94 integrou a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, e a Seção VI, do Capítulo IV, foi destinada aos “Juízes e Tribunais do Trabalho”[519].

A análise do § 14 do artigo 141 nos autoriza afirmar que o reconhecimento da liberdade profissional, como forma de manifestação da liberdade de trabalho, não tinha nenhuma correspondência com o direito ao trabalho. Este, por sua vez, encontrava-se regulamentado no parágrafo único do artigo 145, que também destacava o “dever moral do trabalho”, usando a expressão “obrigação social”.

Como na Carta de 1937, ambas as figuras são discutidas no mesmo parágrafo, o que demonstra uma deficiência quanto à forma de positivação e não

---

termos seguintes”. Acrescentou no § 9º, do referido artigo, a assistência religiosa. No § 12, a liberdade de associação para fins lícitos. No § 13, a proibição de partido político ou associação que atente contra o regime democrático. No § 34 a anterioridade dos tributos e no § 36 o rápido andamento e a ciência dos interessados nos processos e nas repartições públicas.

[517] Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, “Constituições do Brasil”, pgs. 491 a 494.

[518] Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, “Constituições do Brasil”, pg. 491. O artigo 147, por sua vez, condiciona o uso da propriedade ao bem estar social. Os artigos 158 e 159 reconhecem, respectivamente, o direito de greve e a livre associação profissional ou sindical, ambos sujeitos à regulamentação legal posterior.

[519] Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, “Constituições do Brasil”, pgs. 473 e 480. O artigo 94 determinava: “O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: (...) IV- Juízes e tribunais do trabalho”.

uma confusão conceitual, propriamente dita, entre o direito ao trabalho e o dever de trabalhar[520].

Segundo Paulo Bonavides, ainda que pese o caráter democrático da Constituição de 1946, esta não passou de "um esforço mal-sucedido de querer conciliar o Estado Liberal com o Estado Social". Então, mais uma vez, a crise no quadro político-institucional do país foi utilizada como justificativa para que as Forças Armadas tomassem o poder em 1964[521].

A nova ordem revolucionária manteve a Constituição de 1946 mediante o Ato Institucional n. 1, o que significa dizer que já não era mais esta Carta que vigia, e sim o ato de força. Mas o governo revolucionário militar queria um novo texto Constitucional, cuja materialização foi a Carta de 1967.

---

[520] O julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário N. 48.480, no dia 25-06-1962 (Publicação – DJ 24-08-1966), faz referencia à obrigação de trabalhar em um contexto totalmente autônomo. Na sua Ementa se lê: "Salário mínimo. Trabalho por tarefa. (....) O critério seguido por nossa lei, a exemplo da mexicana e outras, está em consonância com a tendência de tornar menos vaga a relação entre o salário e o valor do trabalho prestado, evitando-se, muitas vezes, a imposição de uma igualdade aos que se desigualam no cumprimento da obrigação de trabalhar". Fonte de Pesquisa: www.stf.gov.br .Data da Pesquisa: 17-02-06.

[521] Paulo Bonavides; Paes de Andrade, "História Constitucional do Brasil", pg. 415. Esta Constituição materializou as esperanças de se alcançar "um compromisso de bom senso realista, uma trégua institucional entre as forças de renovação e as de conservação".

IV.1.6. A "Constituição do Brasil - Promulgada em 24 de janeiro de 1967"[522]

Neste texto vigorou a chamada "teoria da segurança nacional", que caracterizou um duro golpe ao sistema de direitos e garantias individuais. O seu Título II - "Da Declaração de Direitos" foi dividido em cinco capítulos. O Capítulo IV cuidava dos direitos e garantias individuais.

Cumpre-nos fazer referência ao §23, do artigo 153, que previa o "livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições e capacidade que a lei estabelecer". Contudo, o artigo 154 estabelecia que o abuso das liberdades profissional, de expressão, de reunião e associação poderia acarretar na suspensão dos direitos políticos dos cidadãos[523].

O Título III regulamentava a "Ordem Econômica e Social"[524], cujas diretrizes essenciais estavam delineadas no artigo 160:

> "A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição de dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia

---

[522] A Carta de 1967 possui duas versões que devem ser consideradas ao se estudar a sistemática desta Carta, na medida em que impõe mudanças significativas no texto. Referimo-nos ao conteúdo dos artigos e à numeração dos mesmos, constantes na Constituição do Brasil – promulgada a 24 de janeiro de 1967 (Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pgs. 359 a 448) e àqueles impressos à mesma Constituição com a redação dada pela Emenda Constitucional N. 1 de 1969 e alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Ns. 2 a 27 (Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pgs. 229 a 357). **A seguir, utilizaremos a versão dada pela Emenda Constitucional N. 1 de 1969 e as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Ns. 2 a 27.**

[523] **Versão dada pela Emenda Constitucional N. 1 de 1969 e alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Ns. 2 a 27**, In Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pgs. 295 e 296.

[524] Já o artigo 165 assegurava inúmeros direitos destinados à melhoria da condição social dos trabalhadores.

> e solidariedade entre as categorias sociais de produção; V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; e VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo".

Sob esta perspectiva, fazia-se menção nesta Carta à "liberdade de trabalhar" e à "liberdade profissional", cujo exercício estava sujeito ao princípio da segurança nacional, ou seja, poderia ser declarado abusivo, quando acarretaria a suspensão dos direitos políticos de seu titular. Isto, obviamente, no plano fático não significava uma liberdade[525].

No Agravo de Instrumento N. 134.449-1 (AgRg) interposto perante o Supremo Tribunal Federal com base no artigo 153, § 23, da Carta de 69, o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, manifestou-se no seguinte sentido:

> "(...) Ao dispor que é "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a Lei estabelecer", a Carta de 69 cuidou de instituir a chamada <u>liberdade de profissão</u>, que se traduz na impossibilidade de se condicionar o exercício de qualquer atividade profissional à satisfação de requisitos outros que não aos de capacidade (...) Já a cláusula final - que permite à lei estabelecer condições de capacidade para o exercício das profissões - tem a ver com o interesse público na exigência de capacitação adequada dos profissionais; (...)"[526].

---

[525] **Versão dada pela Emenda Constitucional N. 1 de 1969 e alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Ns. 2 a 27**, In Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pg 296 e 300. O artigo 166 estipulava que a associação profissional ou sindical era livre, mas a sua constituição e a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho, bem como o exercício de funções delegadas de poder público, seriam reguladas em lei.

[526] EMENTA: "Liberdade de profissão (CF 69, art. 153, § 23). A disposição constitucional, que a consagra, de um lado, impossibilita sujeitar o exercício de atividade profissional a outros condicionamentos que não a requisitos de capacidade; de outro, reserva à lei o estabelecimento dessas condições de capacidade: nenhuma dessas normas é atingida pela decisão que, à luz da legislação

Já no Título III regulamentou os princípios do desenvolvimento nacional e da a justiça social, mas não fez menção expressa ao direito ao trabalho, nem tampouco ao dever de trabalhar. De qualquer modo, não faltou quem defendesse o seu reconhecimento através de uma interpretação sistemática do texto, especialmente dos citados incisos do artigo 160.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em célebre artigo escrito na vigência da Carta de 67, escreveu: "qualquer trabalhador pode comparecer a juízo para *anular* o ato assim gravoso, sem necessidade de fundar-se em qualquer dispositivo específico outro que não este mesmo", bem como "não pode, validamente, ser desenvolvida política econômica que se oriente por uma linha geradora de retração na oferta de empregos produtivos"[527].

Naquela ocasião, houve quem defendesse o reconhecimento do direito ao trabalho com base nos dispositivos constitucionais referidos acima. Argumentou-se que no § 23, do art. 153, garante-se o direito ao exercício profissional e, no artigo 160, II, a valorização do trabalho como condição de dignidade humana. Nesta medida, "a existência de uma preocupação, de um programa para assegurar o exercício profissional, valorizar o trabalho, para dignificar o trabalhador e dedicar-se à 'expansão das oportunidades de emprego produtivo' (Constituição Federal, art. 160, VI) são, para o Estado, a par da própria existência de um

ordinária pertinente, reputa determinado profissional legalmente qualificado para certa perícia judicial". Fonte de Pesquisa: www.stf.gov.br . Data da Pesquisa: 14-02-2006.

[527] Celso Antônio Bandeira de Mello, "Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social", pg. 247, 249 e 251. Segundo o autor, "O que o artigo 160 faz é obrigar, impor, exigir que a ordem econômica e social se estruture e se realize de maneira a atender os objetivos assinalados. Igualmente obriga, exige, impõe, que a busca destas finalidades obrigatórias se faça por meio de certos caminhos, também obrigatórios: aqueles estampados nos itens referidos, os quais são erigidos ao nível de princípios". Afirma, ainda, que a violação de um princípio é muito mais grave que a transgressão de uma norma, pois implica uma ofensa ao sistema traçado pelo texto. Daí segue-se que "todas as leis, decretos-leis e todos os atos administrativos hão de perseguir o desenvolvimento nacional e a justiça social e hão de pautar-se, obrigatoriamente, pelos princípios mencionados no art. 160, sob pena de serem inconstitucionais, naquilo em que traduzirem descompasso com as finalidades estatuídas e com os princípios a que se devem ater".

Direito do Trabalho, os argumentos suficientes para a formulação de uma política de emprego, que representa, **ultima ratio**, e sob esse prisma a consagração do DIREITO AO TRABALHO”[528].

No entanto, o citado § 23, do artigo 153 tratava da liberdade de trabalho e da liberdade de profissão. Esta se mostra como uma figura conexa ao direito ao trabalho, mas com ela não se confunde, o que afasta a inclusão deste parágrafo como justificativa para o reconhecimento deste último naquele texto. A fundamentação transcrita recorreu, ainda, à formulação de políticas de emprego para evidenciar a consagração do direito ao trabalho neste texto. Como veremos mais adiante, esta justificativa se materializa na dimensão coletiva deste direito.

Neste passo, cabe considerar que, apesar deste documento ter sido fruto de um regime autoritário inigualável no país, os estudos doutrinários de então, fundamentados na interpretação sistemática dos preceitos estabelecidos no artigo 160 do texto, contribuíram para o reconhecimento do direito ao trabalho e da obrigação do Estado quanto à execução de uma política de emprego.

Em 1985 foi eleito para a Presidência da República um civil, Tancredo Neves, que faleceu antes de assumir o cargo. Diante deste acontecimento, toma posse o seu vice, José Sarney, que convocou uma Assembléia Nacional Constituinte, cumprindo o compromisso de campanha.

---

[528] Ronald Amorim e Souza, “Direito ao Trabalho”, São Paulo: LTr, 1985, pg. 22. Faz aqui uma interessante análise do tema no contexto brasileiro ainda sob a égide da Constituição de 1967, cujas observações voltaremos a abordar.

IV.2. O direito ao trabalho na Constituição Federal de 1988

A partir deste item todas as discussões estarão voltadas à Constituição Federal de 1988. Esta, como se sabe, propôs-se a instaurar um "Estado Democrático de Direito", fundamentado no valor supremo da dignidade humana e, ao estabelecer tal propósito, filiou-se ao padrão constitucional inaugurado pela Constituição alemã de Bonn, também adotado em praticamente todas as Constituições democráticas de nosso tempo.

Nesta medida, os debates da Assembléia Nacional Constituinte[529] de 1988 foram norteados pelo ideal de reconhecimento dos direitos fundamentais como categoria indivisível, cuja efetivação constitui um dever do Estado e de toda a sociedade[530]. E não é por outra razão que a Constituição Federal de 1988 também ficou conhecida como a "Constituição Cidadã", marcando o processo de

---

[529] A escolha dos discursos dos Srs. Constituintes se deu com base em um critério de busca por temas no site do Senado Federal – www.senado.gov.br - link "Publicações" – "Anais do Senado". Não há qualquer direcionamento quanto a ideologias político-partidárias.

[530] DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 03 de Fevereiro de 1988, quarta-feira, Livro Vol. 2, pg. 6801: "O Sr. Rospide Netto (PMDB – RS. Pronuncia o seguinte discurso.) – Sr. Presidente, Srs. Constituintes: Continuamos discutindo e votando matérias com relação aos 'Direitos e Liberdades Fundamentais', tema dos mais importantes que tem ocupado as preocupações dos Constituintes das mais diferentes posições ideológicas, pois tem como finalidade principal resguardar e garantir os direitos humanos (...). Aqui no Congresso Nacional, desde o instante em que foi instalada a Assembléia Nacional Constituinte, desde sua fase inicial nas Subcomissões, tem-se debatido com profundidade este assunto, tal a importância que tem merecido este capítulo. (...) É do nosso dever, e da própria sociedade, lutar na defesa dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, na dignificação do ser humano, no reconhecimento da importância do ser humano, como princípio a fundamentar uma ordem política, democrática, e a paz social". DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 16 de Agosto de 1988, terça-feira, Livro Vol. 12, pg. 12594: "O Sr. Nilson Gibson (PMDB – PE. Pronuncia o seguinte discurso) – Sr. Presidente, Sra. e Srs. Constituintes (...) com a aprovação dos dispositivos acima relacionados, que tratam dos Direitos e Garantias Fundamentais do Projeto de Constituição, o País passa a ter uma das definições mais avançadas em termos de garantias e direitos individuais e coletivos do mundo contemporâneo, comparável às mais modernas democracias. Estes direitos terão aplicação imediata após a promulgação da nova Carta e incluem inovações jurídicas (...)". Fonte de Pesquisa: www.senado.gov.br - link "Publicações" – "Anais do Senado". Data da Pesquisa: 10.03.06. Tema buscado: direitos e garantias fundamentais.

democratização do Estado brasileiro e constituindo a legislação mais avançada em relação aos direitos e garantias fundamentais do país[531].

Nela, o "trabalho" foi considerado como o meio legítimo de se "assegurar uma vida condigna a todo o agrupamento humano - vale dizer, garantir a todos alimentação, saúde, educação, habitação, seguro social, lazer e possibilidade de progresso, de realização pessoal e coletiva dentro do organismo social"[532]. A partir daí, reconheceu-se sua irradiação, conjuntamente com a liberdade de empresa, por toda a ordem econômica e social de nosso país.

Assim, instituiu-se "um" Estado Democrático que deve buscar a efetiva realização dos valores supremos da sociedade brasileira: os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça[533].

---

[531] Nos dizeres de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Curso Direito Constitucional", pg. 254: "(...) A Declaração contida na Constituição brasileira de 1988 é a mais abrangente e extensa de todas as anteriores. (...) Além de consagrar os 'Direitos e deveres individuais e coletivos', a Declaração de 1988 abre um capítulo para definir os direitos sociais, que vinham sendo, desde 1934, inseridos no capítulo da 'Ordem econômica e social', tratado nos capítulos seguintes dos direitos da nacionalidade e da cidadania...".

[532] DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL (Seção II), 1º de maio de 1984, terça-feira, pg. 0976: "O Sr. Marco Maciel (PDS – PE. Pronuncia o seguinte discurso) – Sr. Presidente, Srs. Senadores: (...) Porque, insista-se, a finalidade principal do trabalho não é a produção de um bem econômico em si mesmo, mas, sobretudo assegurar vida condigna a todo o agrupamento humano – vale dizer, garantir a todos alimentação, saúde, educação, habitação, seguro social, lazer e possibilidade de progresso, de realização pessoal e coletiva dentro do organismo social". Fonte de Pesquisa: www.senado.gov.br - link "Publicações" – "Anais do Senado". Data da Pesquisa: 10.03.06. Tema buscado: trabalho.

[533] José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", pg. 23. Como lembra Willis Santiago Guerra Filho, "Processo Constitucional e Direitos Fundamentais", pgs. 60-61, o Estado Democrático de Direito "representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado", daí porque nesta fórmula estão inseridos os princípios do Estado Social. Para Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pg. 336, a Constituição de 1988 é basicamente uma Constituição do Estado social, assim os problemas constitucionais relativos às relações de poder e ao exercício de direitos subjetivos, dentre outros, têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados desta modalidade de ordenamento, ainda que pesem as inúmeras e sucessivas reformas que o texto vem sofrendo, recepcionando princípios e regras que de certo modo contrariam as suas bases originárias e que começam a desnaturá-lo.

Estas diretrizes vêm reconhecidas já em seu Preâmbulo[534], quando se estabelece:

> "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte[535] para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL". (g.n.)

O Título I (artigos 1º a 4º) assenta os princípios e objetivos fundamentais do Estado brasileiro[536], cujo artigo 1º prevê:

---

[534] José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", pgs. 21 e 22, lembra que Preâmbulo "é a parte que precede o texto articulado das Constituições. É a expressão solene de propósitos, uma afirmação de princípios, uma síntese do pensamento que dominou na Assembléia Constituinte em seu trabalho de elaboração constitucional. (...) Na mais das vezes (...) postulam a construção de uma ordem constitucional (...). Têm, pois, eficácia interpretativa e integrativa; se contêm uma declaração de direitos políticos e sociais do homem, valem como regra de princípio se no texto articulado da Constituição não houver norma que os confirme eficazmente". Há quem reconheça os Preâmbulos como simples diretivas (políticas, morais e filosóficas) do regime constitucional adotado num texto, negando, portanto, a existência de qualquer natureza normativa ao mesmo. Na mesma direção José Cretella Jr., "Comentários à Constituição de 1988", Vol. I, Art. 1º a 5º, I a LXVII, pg. 80, explica que: "o importante é acentuar a 'parte jurídica' e, neste caso, podemos afirmar que o Preâmbulo da Carta atual se incorpora ao texto, pois reflete o espírito de todo o conjunto, podendo, assim, ser invocado pelo intérprete quando,analisando o conteúdo dos dispositivos, que guardam relação com a peça vestibular, podem e devem invocar a parte introdutória, motivação jurídica de toda a subseqüente arquitetônica".

[535] A Assembléia Nacional Constituinte foi convocada pela Emenda Constitucional 26, de 27.11.1985, que criou condições para que o povo outorgasse poderes constituintes aos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal eleitos no dia 15.11.1986. "E essa foi uma complicação porque em lugar de se convocar uma autêntica Assembléia Nacional Constituinte, na verdade, apenas se convocou um Congresso Constituinte – aliás, como foram o de 1890/1891 e o de 1945/1946, que produziram as Constituições de 1891 e de 1946. Melhor teria sido convocar uma Assembléia Nacional Constituinte exclusiva, no sentido de que não tivesse vínculo algum com os poderes legislativos constituídos que compõem o Congresso Nacional". Esta Emenda determinou ainda a reunião unicameral dos referidos membros na sede do Congresso Nacional, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, a quem coube dirigir a sessão de eleição do seu Presidente no dia 1.02.1987. José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", pgs. 22 e 23.

[536] Ver J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira, "Constituição da República Portuguesa Anotada", pg. 66. Segundo o autor, estes princípios e objetivos fundamentais visam definir e caracterizar a coletividade

> "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania, III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político (...)".

Por sua vez, o artigo 3º da Constituição de 1988 demarca os objetivos fundamentais do Estado brasileiro:

> "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional[537]; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Todos estes preceitos indicam claramente que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem obrigações concretas quanto ao "valor social do trabalho" (art. 1º, inciso IV), pois além deste ser reconhecido como um de seus fundamentos, mostra-se como uma alternativa viável para se alcançar os seus objetivos fundamentais. E, como se viu, o "valor social do trabalho" consiste justamente no objeto central do direito ao trabalho[538].

---

política e o Estado, bem como a enumerar as principais opções político-constitucionais traçadas pelo texto constitucional.

[537] O inciso II impõe aos governantes uma atuação objetiva quanto ao desenvolvimento nacional e, nesta discussão, é ponto pacífico que não se trata de um mero desenvolvimento econômico, mas sim econômico-social. Por isso, o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este último determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (art. 174 da CF de 1988) As diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado serão estabelecidas por lei, que deverá compatibilizar os planos nacionais e regionais de desenvolvimento (§1º).

[538] Paul Lambert, "El derecho al trabajo", pgs. 18 e 19.

Mesmo assim, o que se percebe, na prática, é que tanto os princípios como os objetivos fundamentais do Estado brasileiro não são levados em conta em grande parte das decisões dos Poderes Legislativo e Executivo, que a eles se submetem, ou pelo menos deveriam se submeter, em todas as suas ações.

Realizadas estas observações introdutórias, passaremos a avaliar se existem dispositivos neste texto que reconhecem a "liberdade de trabalho", o "dever de trabalhar" e o "direito ao trabalho"; e se houve uma confusão conceitual entre elas.

IV.2.1. A liberdade de trabalho, o dever de trabalhar e o direito ao trabalho

Já vimos que a Constituição Federal de 1988 destinou o seu Título II à positivação dos "direitos e garantias fundamentais", dividindo-o em cinco capítulos[539].

O artigo 5º enumera, exaustivamente, em setenta e sete incisos os "direitos e deveres individuais e coletivos"[540]. Por ora, interessa-nos tão somente o inciso XIII, em que se lê: "XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer"[541].

---

[539] Vide item I.8. Os capítulos são os seguintes: Capítulo I – "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" (artigo 5º, incisos I a LXXVII, §1º e § 2º), Capítulo II – "Dos Direitos Sociais" (artigo 6º a 11º), Capítulo III – "Da Nacionalidade" (artigo 12º a 13º), Capítulo IV – "Dos Direitos Políticos" (artigo 14º a 16º), Capítulo V – "Dos Partidos Políticos" (artigo 17º).

[540] Os direitos individuais aí traçados procuram garantir iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade e do próprio Estado; entretanto, os denominados "direitos coletivos" não podem ser delimitados tão claramente, pois muitos são caracterizados como direitos sociais ao longo do texto constitucional. Ver José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", pgs. 62-63. Segundo o autor, na Constituinte, propôs-se, inclusive, a abertura de um Capítulo próprio para os direitos coletivos, no qual estariam inseridos direitos como "o de acesso de todos ao trabalho", "o direito a transporte coletivo", dentre outros, mas esta perspectiva não foi aceita nas votações.

[541] A liberdade de trabalho ou profissão se conjuga com as normas previstas nos incisos XVII, XIX, XX e XXI: "XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; "XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 também reconhece a "liberdade de trabalho", ressalvando apenas os casos em que a lei determine qualificações específicas para o exercício de determinadas profissões. Esta deve ser entendida em *sentido amplo*, pois compreende, de forma positiva, a liberdade de escolha e de exercício de qualquer gênero ou modo de trabalho que não seja considerado ilícito penal, e, de forma negativa, "a impossibilidade de o Estado vincular quem quer que seja a certo trabalho em concreto ou a certo gênero de trabalho, profissional ou não"[542].

Mesmo assim, a Constituição de 1988 prevê a possibilidade de que lei infraconstitucional venha a limitá-la, contudo, quando não existe uma determinação legal que autorize a referida restrição, esta liberdade constitucional possui um amplo alcance.

O fato de que tais restrições se dêem mediante lei exclui os atos do Poder Executivo, como Portarias e Resoluções. Um exemplo concreto foi a instituição pelo Conselho Federal de Contabilidade de um Exame de Suficiência, através de uma Resolução (nº 853/99), como requisito para obtenção do registro profissional[543].

---

judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; XXI – as entidade associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;".

[542] Jorge Miranda, "Manual de Direito Constitucional", Tomo IV - Direitos Fundamentais, pg. 408. Para o autor, a liberdade de trabalho se revela tanto na liberdade de escolha quanto na de exercício de qualquer profissão, "visto que uma pressupõe a outra (embora a primeira tenha um alcance bem maior que a segunda)".

[543] Kleber Moreira da Silva, "Inconstitucionalidade do exame de suficiência instituído pelo Conselho Federal de Contabilidade". Fonte de Pesquisa: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2382. Data da Pesquisa: 14-02-06. Nesta direção, o juiz substituto da 1ª Vara Federal de Florianópolis, determinou que o Conselho Regional de Contabilidade de Santa Catarina (CRC-SC) não pode exigir dos bacharéis em Ciências Contábeis e dos técnicos em Contabilidade aprovação no exame de suficiência (instituído pela Resolução nº 853/99 do Conselho Federal da categoria) para terem direito ao registro profissional. Processo nº 2004.72.00.015564-0 – Justiça Federal de Santa Catarina - Pedido de liminar do Ministério

A classe profissional alegou a inconstitucionalidade desse requisito, uma vez que sua implementação se deu por resolução e não por lei. Como se sabe, em uma sociedade democrática as restrições legislativas devem ser fundamentadas e não podem frustrar o conteúdo essencial da liberdade de trabalho e profissão, tanto em seu âmbito positivo como negativo[544].

Sob esta perspectiva, podemos afirmar, com José Afonso da Silva, que o direito ao trabalho, "conjuga-se - mas não se confunde com a liberdade de trabalho, ofício e profissão consignada no art. 5º, XIII"[545].

Dando seqüência ao estudo, voltaremos nossas atenções ao direito ao trabalho, propriamente dito. Este direito está previsto no já citado Capítulo II - denominado "Dos Direitos Sociais", no artigo 6º, que prevê:

"São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Nesta medida, quando o artigo 6º reconhece o *trabalho* como um direito social, está fazendo menção ao "direito de ter um trabalho", ou à "possibilidade de trabalhar". Assim, novamente com José Afonso da Silva, advertimos que o

---

Público Federal (MPF), em ação civil pública contra o CRC-SC e o CFC. Fonte de Pesquisa: http://www.justicafederal.gov.br. Data da Pesquisa: 20-02-2006.

[544] Outros exemplos podem ser destacados, como as discussões levantadas por Fernando Machado da Silva Lima sobre o Regulamento aprovado pelo Decreto no. 36.602/2000-da Prefeitura Municipal de Belém, publicado em 24.04.00, cujo art. 4o, parágrafo único, prevê a necessidade de autorização para a exploração do serviço de transporte individual de passageiros em táxis "para os empregados e servidores da administração direta e indireta, ativos, inativos e licenciados, bem como para os militares, inclusive reformados, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, salvo se seus vencimentos, soldos ou proventos não excederem a quatro salários mínimos". O mesmo Regulamento exige também a assinatura de uma declaração quanto ao não exercício de outra atividade, além da de taxista (art. 22, I, "h"), bem como o uso de "crachá expedido pelo sindicato da categoria, conforme lei municipal no 7.621/93, em vigor por força da lei municipal 7.906/98" (art. 22, I, "f") e comprovante de pagamento da contribuição sindical (art. 22, I, "g"). Em Belém, diversos mandados de segurança já foram ajuizados, em decorrência da inconstitucionalidade do Decreto municipal no. 36.602, de 24.04.00. In "Liberdade de exercício profissional (o caso dos taxistas de Belém)" Fonte de Pesquisa: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=501.Data da Pesquisa: 14-02-06.

[545] José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", pgs. 185-186.

seu conteúdo não pode ser confundido com o conjunto de normas objetivas pertinentes ao direito do trabalho, que, por sua vez, "tem sua base e princípios delineados no art. 7º, formando o direito dos trabalhadores ou direitos trabalhistas"[546].

A diferenciação entre o conteúdo normativo dos artigos 6º e 7º da Constituição Federal de 1988 é muito importante, pois que tais conteúdos envolvem campos teóricos distintos, apesar de intimamente interligados.

No primeiro, reconhece-se explicitamente o "direito ao trabalho" como um direito econômico, social e cultural (a expressão "direitos sociais" foi utilizada em um *sentido amplo*)[547]; e, no segundo, estão previstos os "direitos dos trabalhadores". Mas, como veremos mais adiante, é justamente neste campo que os reflexos ou as irradiações do direito ao trabalho, em sua dimensão individual, serão sentidos.

Mesmo assim, o reconhecimento do direito ao trabalho na Constituição Federal não está associado tão somente ao artigo 6º. O caput e o inciso VIII, do artigo 170[548], assumem um papel de destaque:

> "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

---

[546] José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", pgs. 185-186. Segundo o autor, uma análise conjunta do artigo 6º com o art. 1º, IV (que aponta como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito os valores sociais do trabalho), mais o disposto no art. 170 (que tem a valorização do trabalho como uma das bases da ordem econômica para o fim de assegurar a todos existência digna), e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), demonstra que se trata de um direito de ter trabalho, porque este é o meio mais expressivo de se obter uma existência digna – sendo, portanto, de grave conteúdo inconstitucional toda forma de política recessiva que provoque desemprego sistemático. Quanto ao último aspecto – inconstitucionalidade de políticas econômicas que geram restrição de postos de trabalho.

[547] Vide item II.1.

[548] Este artigo está previsto no Título VII – "Da Ordem Econômica e Financeira", que traça as bases constitucionais do sistema econômico brasileiro.

VIII - busca do pleno emprego; (...)".

Por último, o artigo 193 reafirma o primado do trabalho na ordem constitucional brasileira quando determina: "a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais".

Tal fato pode ser apreendido quando se lê os discursos então proferidos pelos Constituintes, como, por exemplo, o transcrito a seguir:

> "(...) Sr. Presidente, Constituintes de 1987: (...) em sua obra monumental, a "História Social do Trabalho", Pierre Jacard assinala de forma extraordinária que, ao longo da história do homem, às vezes, o trabalho foi enaltecido, às vezes foi amesquinhado, mas na maior parte das vezes foi odiado e amado ao mesmo tempo. (...) Por volta de 1830, começa a desenvolver-se uma teoria, de que para a felicidade do homem a liberdade de trabalhar; <u>bastaria para a dignidade do homem a liberdade ao trabalho</u>. (...) Hoje (...) o pauperismo é a miséria tornada crônica e hereditária, e o estado permanente do assalariado sem trabalho e mesmo do que trabalha. (...) <u>um primeiro ponto deve ser estabelecido, e que é, exatamente, o primado do trabalho (...) porque toda riqueza humana pressupõe necessariamente a participação do trabalho</u>. O capital, qualquer que seja, teve como berço primeiro, inarredável, a presença e a contribuição do trabalho. <u>Portanto, toda a ordem social tem que ter como seu centro, como seu núcleo irradiador, a figura do trabalho</u> e, por decorrência, a figura do trabalhador (...)".

Destaca-se a ausência de positivação da figura do dever de trabalhar no texto constitucional de 1988, que, a despeito de sua previsão no Anteprojeto da

Comissão Provisória de Estudos Constitucionais de Set./86[549], não faz qualquer menção à obrigação, ainda que moral, do cidadão de contribuir através de seu trabalho para o crescimento econômico do país[550].

Por fim, vale lembrar que a Lei de Execução Penal regula, entre outros pontos, o trabalho do condenado à pena privativa de liberdade, que tem o direito à atribuição de trabalho e sua remuneração (art. 41, II, da LEP), mas também está obrigado ao trabalho, na medida de suas aptidões e capacidade (art. 31 da LEP)[551].

Feitas essas considerações acerca das disposições normativas que envolvem o reconhecimento da liberdade de trabalho e do direito ao trabalho na Constituição Federal de 1988, voltaremos nossas atenções para o estudo da fundamentalidade deste último, que se conecta ao seu caráter estrutural e às suas dimensões individual e coletiva.

IV.3. A fundamentalidade do direito ao trabalho

Como já analisado, a idéia de "fundamentalidade" se submete aos liames traçados por uma determinada Constituição, no nosso caso a de 1988, na medida

---

[549] Vide Quadro Comparativo sobre a Ordem Econômica e Social nas Constituições Federais de 1934, 1937, 1946 e 1967, na Emenda Constitucional de 1969 e no Anteprojeto de Comissão Provisória de Estudos Constitucionais de Set./86. Neste último (C.P.E.C.), o artigo 342 apresenta a seguinte redação: "A ordem social tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - o direito ao trabalho, mediante uma política de pleno emprego; II - o trabalho como dever social, salvo razões de idade, doença ou invalidez; (...)". In Fundap, "Processo Constituinte; a ordem econômica e social, pg. 50.

[550] Nesta direção, José Afonso da Silva, "Comentário Contextual à Constituição", pgs. 185-186, afirma que o texto constitucional de 1988 "ao invés de declarar que o trabalho é obrigação social, estatui que o trabalho é um direito social".

[551] Entretanto, o trabalho do preso, conforme artigo 28, parágrafo 2º da Lei de Execução Penal, não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, ainda que a nossa legislação reconheça, entre os direitos do preso, os da "Previdência Social" (arts. 39 do CP e 41, III, da LEP). Fonte de Pesquisa: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/presos/parte2.htm. Data da Pesquisa: 04-04-06.

em que o próprio texto fornece os critérios normativos e interpretativos a serem levados em conta no exame de quais direitos assumem o caráter de fundamental em seu texto[552].

Como já se mencionou, a análise da fundamentalidade de um direito na Constituição Federal de 1988, a "priori", deve se pautar no critério formal traçado pelo próprio texto, ou seja, no catálogo de direitos do Título II, independentemente de sua natureza (civil e política ou econômica, social e cultural). Somente quando se trata de investigar se outros direitos não previstos no Título II da Constituição, mas que estejam dispersos ao longo do texto e sejam decorrentes do regime e princípios por ela adotados, é que devemos levar em conta os critérios materiais e procedimentais de direitos fundamentais já discutidos no item I.8.

No tocante ao direito ao trabalho, as análises realizadas até o presente momento nos autorizam a concluir que se trata de um direito elevado à categoria de fundamental em nosso ordenamento jurídico, eis que, a sua normativa base está prevista no artigo 6º, do Capítulo II, do Título II, ou seja, está contido no catálogo de direitos da Constituição de 1988[553].

Antes de se perquirir acerca dos reflexos do direito ao trabalho nos demais campos do Direito, devemos examinar o caráter estrutural que lhe foi impresso

---

[552] Vide item I.8.

[553] No tocante ao direito ao trabalho, somente a título ilustrativo, deve-se lembrar que este, além de se submeter aos critérios formais deste texto, submete-se também ao critério material de conceituação de direito fundamental, eis que se está presente nos principais instrumentos normativos internacionais e regionais de direitos humanos. Além disso, o critério procedimental é amplamente atendido, não havendo qualquer dúvida quanto ao fato de que a sua positivação se deu pelo poder competente, a Assembléia Nacional Constituinte. Neste sentido, vide itens I.2 e I. 8.

no texto constitucional de 1988, ou seja, se se trata de “norma- princípio” ou de “norma-regra”.

Vale a pena lembrar que sob a perspectiva da teoria sobre regras e princípios desenvolvida por Robert Alexy, a norma de direito fundamental pode assumir tanto a estrutura de uma regra quanto a de um princípio e, por isso mesmo, não existe uma vinculação necessária entre uma “norma-princípio” e a noção de fundamentalidade, pois esta pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, mas também pode não o ser; e o mesmo vale para as “normas-regras”. Nesta medida, passemos a analisar a estrutura do direito ao trabalho na Constituição Federal de 1988.

IV.4. A estrutura do direito ao trabalho

No que tange à distinção entre regras e princípios, o principal ponto a ser considerado é que os **princípios** são mandamentos de otimização, ou melhor, ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. **O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.** Contrariamente, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há que se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos[554].

Além destas características, cabe considerar uma outra, que também é muito importante para a diferenciação entre ambos: os princípios expressam

[554] Robert Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, pgs. 86 e 87.

"direitos e deveres *prima facie*", enquanto que as regras expressam "direitos e deveres definitivos"[555].

Isto significa dizer que o conteúdo normativo de um princípio não é categórico, o que lhe imprime uma diversidade de aplicação não presente na regra. Esta, por sua vez, na medida em que é válida, expõe um conteúdo normativo definitivo, ou seja, impõe a aplicação exata daquilo que prescreve.

Conforme se indicou no item IV. 2., o direito ao trabalho se faz sentir em diversos preceitos constitucionais; a título exemplificativo: o artigo 1º, inciso IV, o próprio artigo 6º, o artigo 7º, inciso I e II. A natureza destas normas indica o porquê do direito do trabalho se mostrar como o pano de fundo de muitas das discussões teóricas realizadas no âmbito constitucional-trabalhista.

Há que se considerar, ainda, a sua irradiação no campo das políticas públicas em função da disposição contida no artigo 170, inciso VIII, que nada mais é do que uma das formas de materialização do direito ao trabalho, eis que neste caso ele se apresenta como um mandato aos poderes públicos para a consecução de políticas que objetivem o pleno emprego.

A doutrina espanhola indica tal diversidade de aplicação quando fala na impossibilidade de atribuir uma "natureza unitária" ao direito ao trabalho[556]. E,

---

[555] Virgilio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", pgs. 612 e 619.

[556] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 130. Nesta direção, Diego López Garrido; Marcos Francisco Massó Garrote; Lucio Pegoraro (directores). "Nuevo Derecho Constitucional Comparado", pg. 165, advertem que os direitos de natureza social devem ser desfrutados por todas as pessoas e, portanto, também têm um sentido individual.

nesta medida, praticamente todos os elementos que compõem a sua estrutura normativa acabam sendo afetados por uma "difusão" conceitual[557].

Com estas observações resta claro que o direito ao trabalho assume a estrutura de um princípio no texto constitucional de 1988, ou seja, apresenta-se como um mandamento de otimização que impõe "direitos e deveres *prima facie*", exigindo, assim, a sua realização segundo as possibilidades fáticas e juridicamente previstas naquele caso concreto.

Aqui cabe uma observação importante, feita por Alexy, quanto ao fato de que os direitos fundamentais, especialmente quando assumem a estrutura de um princípio, apresentam uma dimensão individual e uma dimensão coletiva. Com o direito ao trabalho não é diferente.

O autor comenta que "os princípios podem se referir tanto a direitos individuais como a bens coletivos (...) o fato de que um princípio se refira a bens coletivos significa que ordena a criação ou manutenção de situações que satisfazem, na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, que vão além da validez ou satisfação de direitos individuais"[558].

Esta dupla dimensão do direito ao trabalho é admitida em diversos ordenamentos, como, por exemplo, no espanhol, italiano e português. E, no Brasil, a Constituição de 1988 também autoriza tal divisão.

É interessante destacar, ainda, que os âmbitos individual e coletivo do direito ao trabalho se conectam com os campos de aplicação dos direitos fundamentais, qual seja, aquele que se centra nas relações entre os particulares e o que envolve o Estado e seus cidadãos.

---

[557] Antonio Martín Valverde, "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española", en AA.VV., "Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución", pg. 189. Ver também Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 124.

[558] Robert Alexy, "Teoría de los derechos fundamentales", pgs. 109 e 110.

IV.5. O direito ao trabalho em seus âmbitos individual e coletivo

Como se viu, muitos direitos fundamentais apresentam um âmbito individual e outro coletivo, especialmente quando assumem a estrutura de um princípio. Neste sentido, cumpre fazer referência à citada Sentença 22/1981 do Tribunal Constitucional Espanhol, que procurou dotar o direito ao trabalho de um conteúdo específico através da distinção básica entre os referidos âmbitos[559].

Segundo a doutrina deste Tribunal, a eficácia do direito ao trabalho em sua vertente individual se estende sobre toda a relação de trabalho[560], e na coletiva fica integrada ao campo da política de pleno emprego[561]. Mesmo assim, conforme adverte Rafael Sastre Ibarreche, a dimensão coletiva do direito ao trabalho não é uma premissa para a existência da dimensão individual, justamente porque este aspecto possui uma "elasticidade potencial" que ilumina toda a relação de trabalho[562].

Sob a ótica do direito italiano, também há quem assinale que a interpretação do artigo 4º da Constituição[563], que prevê o direito ao trabalho,

---

[559] Na doutrina espanhola, praticamente a totalidade dos estudos sobre o direito ao trabalho se fixa na distinção entre os âmbitos individual e coletivo, anunciada inicialmente pelo Tribunal Constitucional deste país e ampliada com profundidade pelos doutrinadores. Citaremos, a seguir, apenas como exemplo, alguns destes trabalhos. Lembrando que a obra de Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", figura como ponto de referência obrigatório sobre o tema neste ordenamento e reúne, de forma exaustiva, os demais trabalhos existentes. Ver Eduardo Rojo Torrecilla. "Derecho al Trabajo, precariedad laboral y exclusión social", pg. 175.

[560] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 134.

[561] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 133.

[562] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 134 e 150. Segundo o autor, esta "elasticidade potencial" que ilumina toda a relação de trabalho deve se destacada, ainda que as diretrizes traçadas pelo Tribunal Constitucional indiquem um certo predomínio do âmbito coletivo sobre o individual. Neste sentido, Antonio Martín Valverde, "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española", en AA.VV., "Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución", pg. 201, destaca que a ação da política de pleno emprego pode perfeitamente penetrar no âmbito próprio das relações trabalhistas, isto é, em um âmbito de relações entre particulares (jurídico-privadas). E mais, a regulação do direito ao trabalho não se esgota na política de pleno emprego.

[563] Constitución de Italia – Dada a 21 de diciembre de 1947. (...) Principios Fundamentales (...) Artículo 4 . La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho. Todo ciudadano tendrá el deber de elegir, con arreglo a sus posibilidades y

transcende a uma visão individualista e, por isso mesmo, é identificado com o pleno emprego[564].

Com base no artigo 58º da Constituição Portuguesa, Gomes Canotilho e Vital Moreira propõem uma separação conceitual similar, mas com uma nomenclatura distinta, quando afirmam que o direito ao trabalho assume um conteúdo positivo (como típico direito social) e um conteúdo negativo. No aspecto positivo, o direito ao trabalho estabelece efeitos jurídicos concretos, dentre eles a obrigação do Estado de definir "políticas de criação de postos de trabalho". De sua vertente negativa, decorre o direito a exercer a atividade correspondente ao posto de trabalho e o de não ser privado do mesmo, entre outros[565].

No sistema brasileiro, o reconhecimento das dimensões individual e coletiva do direito ao trabalho se dá através de uma interpretação sistemática da Constituição de 1988, envolvendo, no primeiro aspecto os artigos 1º, incisos III e IV, 6º, 7º, incisos I, II, XXX, XXXI[566] e, no segundo os referidos artigos 1º, inciso III e IV, 6º e 170, inciso VIII.

---

según su propia elección, una actividad o función que concurra al progreso material o espiritual de la sociedad. Fonte de pesquisa: www.constitucion.es/otras_constituciones/. Data da Pesquisa: 24-07-04. Ver também Maria Isabel Alvarez Vélez; Maria Fuencisla Alcón Yustas. "Las constituciones de los quince Estado de la Unión Europea", pgs. 407-413.

[564] Gonzalo Maestro Buelga. "La Constitución del trabajo en el Estado Social", pg. 64. O autor realiza um amplo estudo sobre o trabalho no Estado Social, dedicando um capítulo à Constituição italiana de 1948. Destaca o papel central do trabalho nesta ordem constitucional e considera, ainda, que as contribuições mais significativas para esta construção doutrinária foram dadas por Giannini e Mortati; mesmo assim recorre a outros estudos que confirmam a referida centralidade do trabalho nesta Constituição.

[565] J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira, "Constituição da República Portuguesa Anotada", pgs. 314 e 315.

[566] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; (...)".

Como se destacou, o direito ao trabalho pode ser sentido em diversos campos normativos infraconstitucionais como, por exemplo, nas legislações sobre trabalhadores deficientes físicos ou psíquicos, formação e readaptação profissional, políticas de retorno de imigrantes, políticas de investimentos e subvenções ao trabalho e ao emprego, aposentadoria, extinção do contrato de trabalho, etc[567].

A separação teórica entre um âmbito individual e um coletivo contribui para a concretização do direito ao trabalho, na medida em que vai além do seu conceito histórico: um direito a exigir um posto de trabalho do Estado. Também se contrapõe a "idéia que não deixou de acompanhar o direito ao trabalho até nossos dias: se todo direito subjetivo é, por definição, exigível, o direito ao trabalho resulta irrealizável"[568].

Vale a pena lembrar que a doutrina e a jurisprudência internacional destacam a impossibilidade de se visualizar o direito ao trabalho, em seu sentido histórico, como um direito subjetivo. Daí se dizer que a disponibilidade imediata de um posto de trabalho pelo Estado a quem necessite é um ideal a ser perseguido, mas sua realização incondicional numa economia de livre mercado tem se mostrado impraticável[569].

---

[567] Manuel-Ramón Alarcón Caracuel. "Derecho al Trabajo, libertad profesional y deber de trabajar", pgs. 32 a 33. Vide item IV.2.1.

[568] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 33.

[569] Philippe Texier, membro do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, destaca que: "O direito ao trabalho não pode entendido como o **direito individual e (incondicional) a obter um emprego**", In "Observación general sobre el derecho al trabajo (artículo 6) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 31º periodo de sesiones, Ginebra, 10 a 28 de noviembre de 2003, tema 3 del programa provisional, E/C.12/2003/7 – 4 de septiembre de 2003, Español, Original: Francés, pg. 5. Fonte de pesquisa: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a9693e0f2ad718b4c1256ddb004f7750/$FILE/G0343883.doc. Data da pesquisa: 23.05.05. "En el seno del sistema constitucional español, el derecho al trabajo mantiene, a mi juicio, el contenido prestacional que históricamente le caracteriza como derecho social. Lo que ocurre es

É justamente neste ponto que a teoria sobre princípios e regras, segundo o enfoque aqui adotado, traz novas luzes para o debate. A partir da análise de seus conceitos basilares, pode-se afirmar que grande parte dos direitos fundamentais tem a estrutura de um princípio e, mesmo assim, estes direitos "não deixam de assegurar diretamente direitos subjetivos"[570]. Atentando-se, é claro, para o fato de que os princípios expressam deveres *prima facie*, e isto faz com que os direitos por eles assegurados também sejam *prima facie*[571].

Assim, o direito a trabalhar, na medida em que é encarado como um princípio, deve ser realizado na maior medida do possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes, ou seja, deve ser otimizado. Diante disso, é fácil perceber que essa otimização pode colidir com outros princípios, como, por exemplo, com a liberdade de empresa, que também impõe uma otimização[572].

Fica claro, portanto, que o conceito de mandamento de otimização impõe "uma idéia regulativa, ou seja, uma idéia que sirva para guiar a argumentação em um determinado sentido". Diante disso, "várias podem ser as repostas que satisfaçam as exigências de otimização. Quanto maior o número de variáveis - e de direitos - envolvidos em um caso concreto, maior tenderá a ser a quantidade de respostas que satisfaçam o critério de otimização"[573].

---

que, como se ha comprobado, su inserción en el marco económico que también diseña la CE impide su configuración como un derecho subjetivo atribuido a los ciudadanos para reclamar, frente a los poderes públicos, un puesto de trabajo adecuado con el que hacer frente a sus necesidades". Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 130.

[570] Virgilio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", pgs. 620.

[571] Isto significa dizer que o grau de realização destes direitos e deveres pode variar.

[572] Neste parágrafo fizemos uma analogia do exemplo dado por Virgilio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", pgs. 618, sobre a liberdade de expressão.

[573] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg.121.

Feitas estas considerações, analisaremos, a seguir, o direito ao trabalho em suas dimensões individual e coletiva, tendo sempre como parâmetro os citados preceitos constitucionais, que se fazem sentir na legislação infraconstitucional brasileira. Por fim, cabe advertir que estas dimensões apresentam um caráter complementar, mas nada impede que em um determinado caso concreto haja uma tensão entre o âmbito individual e o coletivo[574].

IV.5.1. A dimensão individual do direito ao trabalho

As clássicas manifestações do direito ao trabalho em sua dimensão individual estão vinculadas aos principais momentos da relação de emprego: os momentos anteriores à formação do contrato, durante o seu desenvolvimento e nos seus momentos extintivos[575]. Diz-se "clássicas" porque este direito também está vinculado às demais formas de trabalho[576].

---

[574] Como bem destaca Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 134: "Com efeito, poderia se pensar em uma relação biunívoca entre ambas vertentes porque, si bem em certas ocasiões elas se apresentam de forma harmônica, e seria o caso da incidência positiva das distintas medidas de política de emprego sobre a relação individual de trabalho – por exemplo, obrigatoriedade de formalizar uma relação através das reservas de postos, ou o papel positivo dos serviços públicos de emprego- em outras, a relação mostra traços divergentes. Pode-se pensar, assim, em que a extinção, em suas diversas formas, dos contratos, possibilitaria o acesso aos postos de trabalho vacantes de novos trabalhadores, com o que o direito ao trabalho, em seu aspecto individual se sacrificaria em função do aspecto coletivo, ou seja, da consecução de uma política de pleno emprego".

[575] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 149. O autor não fala em "manifestações clássicas", mas tão somente em manifestações do direito ao trabalho.

[576] Esta postura vai de encontro com as diretrizes traçadas pelo art. 114 da Constituição Federal de 1988: "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - 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; II - as ações que envolvam exercício do direito de greve; III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV - os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei".

É interessante avaliar que, em sua dimensão individual, o direito ao trabalho se correlaciona estreitamente com o princípio da liberdade de empresa, que, por sua vez, não deixa de se inserir no campo da autonomia privada.

Segundo Fritz Ossenbühl, a liberdade empresarial se constrói sobre diversos títulos, especialmente sobre "a liberdade geral de atuação (ou livre desenvolvimento da personalidade)", que abrange "a livre iniciativa econômica e a liberdade de contratação". Contudo, a necessidade de se regular o exercício destas liberdades econômicas é patente, uma vez que têm efeitos perante terceiros, cujos bens e direitos também devem ser protegidos[577].

Nesta medida, há quem diferencie "liberdade de empresa externa" de "liberdade intraempresarial". A primeira está vinculada ao direito comercial propriamente dito, e a segunda se refere à capacidade diretiva e disciplinar do empresário, que se projeta fundamentalmente nos direitos dos trabalhadores[578].

Todas estas considerações nos remetem à análise realizada no item I.9. sobre os efeitos horizontais dos direitos fundamentais. Naquele momento, destacou-se também o modelo conciliador, que procura harmonizar os efeitos diretos e indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, cuja proposta nos parece trazer segurança e coesão na aplicação dos mesmos.

---

[577] Apud Gaspar Ariño Ortiz. "Principios constitucionales de la libertad de empresa: libertad de comercio e intervensionismo administrativo", pg. 122. O autor faz referência direta sobre o estudo de Fritz Ossenbül - "Las libertades del empresário según la Ley Fundamental de Bonn" - destacando que na Alemanha a liberdade do empresário foi construída através de um conjunto de garantias constitucionais conexas às liberdades previstas na Lei Fundamental, mas isto não impediu que lá existisse uma rica e interessante construção doutrinária e jurisprudencial deste direito. Ao contrário da Espanha, que prevê expressamente o direito à liberdade de empresa e, mesmo assim, o Tribunal Constitucional tem evitado o enfrentamento do tema, principalmente quanto à definição do que seria o seu conteúdo essencial ou o chamado "núcleo duro".

[578] Diego López Garrido. "Apuntes para un estudio sobre la Constitución Económica", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, pg. 84.

Como já se assinalou, seguindo as diretrizes deste modelo conciliador "é preciso distinguir os casos em que exista mediação legislativa e os casos em que essa mediação não exista ou seja insuficiente. Há mediação legislativa quando o legislador, exercendo sua competência legislativa, tenha fixado alguma solução para uma determinada colisão entre direitos fundamentais" . Nesta medida, somente poderá se falar em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares nos casos em que não existam mediações legislativas satisfatórias para as soluções dos litígios.

Os momentos essenciais da relação de emprego (além das outras formas de relação de trabalho) são objeto de regulamentações específicas e em seu conjunto formam a legislação trabalhista brasileira. Desde já cabe esclarecer que este estudo se fixará tão somente nas clássicas manifestações do direito ao trabalho, ou seja, ao contrato de trabalho subordinado.

Visto que o direito ao trabalho em nosso ordenamento jurídico assume a estrutura de um princípio, ele exige a sua realização segundo as condições fáticas e juridicamente possíveis. Dentre essas condições jurídicas estão as normas de direito infraconstitucional, no presente caso, as normas trabalhistas vinculadas ao mesmo.

Diante disso, somente poderá se falar em aplicabilidade direta do direito ao trabalho em sua dimensão individual nos casos em que não existam mediações legislativas satisfatórias para as soluções dos litígios[579].

---

[579] Isto não quer dizer que as suas manifestações não serão sentidas no contrato entre empregado e empregador (e nas outras modalidades de contrato de trabalho), mas que estas serão sentidas indiretamente, ou melhor, via mediação legislativa.

Como foi dito linhas acima, parte-se da idéia básica de que este contrato é fonte geradora de uma pluralidade de obrigações, tanto para o empregador como para o trabalhador, mas, no âmbito da relação individual (e coletiva) de trabalho, o reconhecimento de direitos dos trabalhadores constitui, de modo geral, um fator limitativo ao princípio de liberdade de empresa[580].

Deve-se destacar o relevante papel da doutrina e da jurisprudência quanto à aplicação prática dos aspectos teóricos que envolvem a figura do empregador no direito do trabalho brasileiro. Referimo-nos aos chamados "poderes do empregador".

Com base no poder de direção, o empregador decide como as atividades, decorrentes do contrato de trabalho, serão desenvolvidas pelo empregado. Este poder compreende o de organizar suas atividades, de controlar e disciplinar o trabalho segundo os fins do empreendimento. Contudo, ele não é ilimitado, cabendo à lei impor-lhe limitações[581].

O reconhecimento da horizontalidade dos direitos fundamentais foi um passo significativo para a fixação de limites aos poderes do empregador, principalmente quando se levam em conta as novas formas de trabalho que vêm se desenhando no mercado de trabalho e que, conseqüentemente, sujeitam os trabalhadores a novas formas de agressões à sua dignidade. Estas circunstâncias

---

[580] Manuel Alvarez Alcolea, "Los derechos individuales en el Estatuto de los Trabajadores", en A.A.V.V., "El desarrollo de la Constitución de 1978", pgs. 83 e 84. A utilização do termo empregador se fundamenta na própria legislação trabalhista brasileira, na jurisprudência e na doutrina, já que todos adotam tal denominação, em vez de empresário. Este último, por sua vez, é amplamente utilizado no direito espanhol. Neste sentido, o artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho considera empregador "a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços". O §1º equipara ao empregador, "os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados".

[581] Nesta direção, a legislação trabalhista pode ser vista como uma forma de se concretizarem os princípios fundamentais reconhecidos na Constituição de 1988, entre eles, o direito ao trabalho.

permitem falar em uma mudança de paradigma do próprio Direito do Trabalho, que passa a ter que acompanhar estas evoluções sem deixar de proteger o trabalhador.

Sem dúvida, um caminho interessante é aquele que procura dosar tal proteção a partir de um patamar mínimo, até se alcançar um máximo que consiste justamente nos direitos fundamentais do trabalhador. Na mesma direção, Renato Rua de Almeida sustenta:

> "O Direito ao Trabalho deverá valer-se de instrumentos jurídicos modernos e democráticos, adaptáveis do protecionismo jurídico paradigmático, assegurados os direitos sociais e fundamentais, de interesse público, pela força normativa da Constituição, sobretudo tendo em vista a pequena empresa, na promoção da melhoria da condição social do trabalhador, hoje representada especialmente pelo pleno emprego, como combate à informalidade, e também pela participação do trabalhador na gestão da empresa, quando então obterá a condição de cidadania no ambiente de trabalho[582].

A legislação trabalhista espanhola traz um bom exemplo do que se está discutindo. No artigo 55.5 do Estatuto dos Trabalhadores[583] reconhece-se a figura

---

[582] Renato Rua de Almeida, "A Teoria da Empresa e a Regulação da Relação de Emprego no Contexto da Empresa", pg. 573.

[583] Art. 55.5. "Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma. Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia

da despedida nula nas hipóteses ali elencadas, dentre elas as violações aos direitos fundamentais e às liberdades públicas do trabalhador, bem como as discriminações proibidas na Constituição ou na Lei. Quando uma despedida é declarada nula, o seu efeito é a readmissão imediata do trabalhador, com o pagamento dos salários não recebidos (artigo 55.6 ET).

Naturalmente, a presença de certos limites constitucionais e infraconstitucionais sobre a liberdade de empresa acaba permitindo que o direito ao trabalho figure como uma de suas fontes de limitação, e não somente um dos objetivos econômicos que devem perseguir os poderes públicos[584].

IV.5.2. A dimensão coletiva do direito ao trabalho

Como já se destacou, a dimensão coletiva do direito do trabalho está integrada ao campo da política de pleno emprego[585]. Por esta razão, tem-se afirmado que este direito estabelece efeitos jurídicos concretos, dentre os quais a obrigação do Estado de implementar "políticas de criação de postos de trabalho"[586].

A vinculação entre ambas figuras (direito ao trabalho e políticas públicas que objetivem alcançar o pleno emprego) aparece refletida em importantes normas de caráter internacional. O Pacto Internacional das Nações Unidas de

---

señalados. 6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.
Fonte de Pesquisa: http://www.laleylaboral.com/legislaboral/verdoc.cfm?doc=et .
Data da Pesquisa: 01-05-06.

[584] Rafael Sastre Ibarreche, "Derecho al trabajo", pg. 99.

[585] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 133. Nesta direção, Gonzalo Maestro Buelga, "La Constitución del trabajo en el Estado Social", pg. 64. O direito ao trabalho transcende a uma visão individualista, possuindo um alcance geral e, por isso mesmo, é identificado com o pleno emprego.

[586] J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira, "Constituição da República Portuguesa Anotada", pgs. 314 e 315.

1966 (PIDESC), por exemplo, no parágrafo 1, de sua parte dispositiva, especifica que "a promoção do pleno emprego, produtivo e livremente escolhido deveria ser considerada como um meio para lograr na prática o cumprimento do direito a trabalhar"[587].

Por sua vez, o Pacto Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais de 1988 (Protocolo de São Salvador) no artigo 6, parágrafo 2, reconhece que o "respeito do direito ao trabalho impõe aos Estados Partes a obrigação de adotarem medidas encaminhadas à realização do pleno emprego"[588].

A Convenção n. 122[589], de 1964, da OIT (acompanhada de duas Recomendações, 122/1964 e 169/1984), que cuida do tema sobre Política de Emprego, não faz menção explícita ao direito ao trabalho, mas enumera algumas medidas a serem adotadas com o fim de lograr a plena efetividade deste direito, sendo uma delas "a responsabilidade dos Estados Partes em buscar o objetivo do pleno emprego"[590].

---

[587] Jean Mayer. "El concepto de derecho al trabajo en las normas internacionales y en la legislación de los Estados Miembros de la OIT", pg. 294.

[588] Philippe Texier, "Observación general sobre el derecho al trabajo (artículo 6) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", pg 4. Fonte de pesquisa: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a9693e0f2ad718b4c1256ddb004f7750/$FILE/G0343883.doc - data da pesquisa: 23.05.05. O autor faz menção à Carta Social Européia de 1961, na sua forma revisada, em seu artigo 1, que também prevê: "Para garantir o exercício efetivo do direito ao trabalho, as partes contratantes se comprometem: 1) a reconhecer como um de seus principais objetivos e responsabilidades a obtenção e a manutenção de um nível, mais elevado e estável possível do emprego, com o fim de alcançar o pleno emprego (...)", pg. 3.

[589] Jean Mayer. "El concepto de derecho al trabajo en las normas internacionales y en la legislación de los Estados Miembros de la OIT", pg. 295. A decisão que tomou a Conferencia Internacional do Trabalho, descartando o critério de que o Estado deveria garantir o direito a todos a trabalhar confirma o critério de adoção de 'Convenções promocionais', ou seja, aquelas que estabelecem objetivos que o Estado ao ratificar o instrumento deverá alcançar por meio de um programa contínuo de ação. O autor destaca que precisamente por esta causa resulta tão difícil vigiar sua aplicação.

[590] Jean Mayer, "El concepto de derecho al trabajo en las normas internacionales y en la legislación de los Estados Miembros de la OIT", pgs. 283-284. Estas medidas também se encontram enunciadas no parágrafo 2 do artigo 6 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

As Constituições de diversos países também reconhecem que o direito ao trabalho se integra no campo da política de pleno emprego. Nesta direção, a Constituição Portuguesa prevê no artigo 58º: "Direito ao trabalho. 1. Todos têm direito ao trabalho. 2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover: a) A execução de políticas de pleno emprego; (...)".

Com base no artigo 41[591], parágrafo 1, letra d, da Constituição Federal da Confederação Suíça, há quem afirme que neste ordenamento a Federação e os Cantões devem concentrar seus esforços para que toda pessoa capaz de trabalhar possa assegurar sua subsistência pelo trabalho em condições apropriadas[592]. Nesta medida, reconhece-se o dever imposto ao Estado de alinhar sua política social e econômica ao objetivo de um pleno emprego através de ações legislativas e administrativas, que reduzam o desemprego assim como promovam o fomento para a criação de novos postos de trabalho[593].

Como já apontado, a Constituição Espanhola no artigo 35 reconhece que "todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre eleição profissional e ofício, à promoção através do trabalho (...)". A totalidade dos estudos realizados sobre este artigo destaca a sua vinculação necessária com

---

[591] A Constituição Federal da Confederação Suíça de 18 de abril de 1999, em seu Título 2º - Direitos Fundamentais, Cidadania e objetivos Sociais", no Capítulo 3 – "Dos Objetivos Sociais", prevê no 41 "1. A Confederação e os cantões proverão, complementando a responsabilidade individual, que: a. toda pessoa disponha de seguridade social;(...) d. toda pessoa capaz de trabalhar possa assegurar sua manutenção por meio de um trabalho que exerça em condições adequadas; (...) 2. A Confederação e os Cantões resguardarão para que toda pessoa esteja assegurada contra as conseqüências econômicas da idade, da invalidez, da enfermidade, dos infortúnios, do desemprego, da maternidade e das condições de órfão e viuvez. 3. Aspiram a estes objetivos sociais no marco de suas competências constitucionais e dos meios disponíveis. 4. Não se pode deduzir diretamente destes objetivos sociais direitos subjetivos a prestações do Estado". Fonte de Pesquisa: http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html.
Data da Pesquisa: 19-05-05. Versões originais copiadas da internet. Tradução livre do autor.

[592] Fonte de Pesquisa: http://www.socialinfo.ch/cgi-bin/dicopossode/show.cfm?id=499. Data da pesquisa: 20-06-2004.

[593] Fonte de Pesquisa: http://www.socialinfo.ch/cgi-bin/dicopossode/show.cfm?id=499. Data da pesquisa: 20-06-2004.

o artigo 40 da CE, localizado no Capítulo III do Título I - "Dos princípios diretores da política social e econômica", que estabelece: "Os poderes públicos promoverão as condições favoráveis para o progresso social e econômico (...) no marco de uma política de estabilidade econômica. 1. De maneira especial realizarão uma política orientada ao pleno emprego"[594]. A jurisprudência do Tribunal Constitucional, especialmente a partir da pioneira STC 22/1981, de 2 de julho, também reconhece esta conexão[595].

No campo doutrinário, Rafael Sastre Ibarreche assinala que "o direito ao trabalho**,** no âmbito coletivo, identifica-se com a ação dos poderes públicos para a consecução de uma situação de pleno emprego"[596].

Centrando a análise no direito brasileiro, a Constituição de 1988, no artigo 170, determina que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social". E enumera os princípios regentes desta matéria, dentre eles "*a busca do pleno emprego*" (inciso VIII)[597].

Diante de tal previsão, podemos concluir que o ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo dos instrumentos normativos internacionais e das constituições supra-citadas, reconhece o direito ao trabalho em sua dimensão

---

[594] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 84.
[595] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pgs. 81 e 82. "STC 22/1981, de 2 de julho. (...) 3. O direito ao trabalho (...) apresenta um duplo aspecto: individual e coletivo, ambos reconhecidos nos arts. 35.1 e 40.1 de nossa Constituição, respectivamente. (...) Em sua dimensão coletiva, o direito ao trabalho implica, ainda, um mandato aos poderes públicos para que levem a cabo uma política de pleno emprego, pois de outra forma o exercício do direito ao trabalho por uma parte da população leva consigo a negação de este mesmo direito para outra parte da mesma. (...)".
[596] Rafael Sastre Ibarreche, El derecho al trabajo, Madrid: Trota, 1996, pgs. 133-134.
[597] O artigo 170 está previsto no Título VII – "Da Ordem Econômica e Financeira", Capítulo I – "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica".

coletiva no artigo 170, inciso VIII da Constituição Federal de 1988, que deve ser analisado conjuntamente com os artigos 1º, inciso IV e 6º do mesmo texto.

Existem muitos questionamentos quanto à realização desta dimensão do direito ao trabalho, principalmente quanto à sua efetivação. Contudo, quando o constituinte brasileiro fez menção à "busca do pleno emprego" como um dos princípios a ser atendido pela ordem econômica, constitucionalizou esta ação como uma obrigação, e não como uma mera opção.

Neste sentido, há quem destaque que a coligação entre direito ao trabalho e pleno emprego gera "uma obrigação do Estado de promover as condições que o faça efetivo"[598]. Sob este enfoque, é perfeitamente possível se falar na obrigatoriedade do Estado em realizar políticas de trabalho e emprego como forma de se atender ao princípio da busca de pleno emprego e, conseqüentemente, dar efetividade ao direito ao trabalho em sua dimensão coletiva.

Já comentamos que a separação teórica entre um âmbito individual e um coletivo abre a possibilidade para outras formas de concretização do direito ao trabalho, que vai além do seu conceito histórico: um direito a exigir um posto de trabalho do Estado.[599]

Sob esta perspectiva, pode-se questionar se o direito ao trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, além de ser um direito fundamental e apresentar

---

[598] Gonzalo Maestro Buelga, "La Constitución del trabajo en el Estado Social", pgs. 65 e 66. O autor faz referência a Mortati, quando afirma que "o Trabalho como valor social determinante da estrutura do Estado e sua manifestação no sistema de direitos, tem como finalidade essencial conseguir o pleno emprego".

[599] Advertimos também que estas dimensões apresentam um caráter complementar, o que não as impede de entrarem em conflito em um determinado caso concreto.

uma dimensão individual e uma coletiva, pode envolver interesses transindividuais (ou de grupo). É o que analisaremos a seguir.

IV.6. O caráter transindividual do direito ao trabalho

O estudo desenvolvido neste tópico procura avaliar se o direito ao trabalho, quer em sua dimensão individual ou coletiva, pode apresentar um caráter transindividual no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, primeiramente devemos examinar alguns conceitos essenciais para o entendimento do tema.

Nos últimos anos, muito se tem discutido sobre a existência[600] de uma "categoria de interesses que embora não sejam propriamente estatais excedem o âmbito estritamente individual", uma vez que estes interesses são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas[601].

Foi através dos trabalhos de Mauro Cappelletti, a partir de 1974, que a doutrina despertou para o fato de que tais interesses apresentam notórias particularidades[602]. Sua denominação inicial foi: "interesses difusos"[603].

---

[600] Pablo Gutierrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, "La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos", pg. 67. A gênese sociológica destes novos interesses vincula-se à complexidade e à massificação das relações econômicas e sociais vigentes na sociedade atual, que devem se unir a outros fatores de ordem cultural, por exemplo, à aspiração de uma melhor qualidade de vida e à conscientização dos direitos, hoje ameaçados pela chamada civilização industrial.

[601] Hugo Nigro Mazzilli, "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", pg. 43. A doutrina italiana, através de Renato Alessi, faz uma distinção interessante sobre *interesse público*. Para este autor, como o interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com o bem geral da coletividade, é necessário distinguir o *interesse público primário* (o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo) do *interesse público secundário* (o interesse público sob o ponto de vista particular do administrador público ou governante).

[602] Hugo Nigro Mazzilli, "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", pg. 42.

[603] Pablo Gutierrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, "La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos", pgs. 68-69. Na Espanha, o fenômeno dos interesses supraindividuais foi acolhido, principalmente, a partir da década de oitenta; contudo, esta positivação

Ainda hoje esta matéria está permeada pela falta de clareza, sendo que representa um grande obstáculo o fato de a doutrina nem sempre utilizar o mesmo termo para se referir à mesma realidade[604].

Os diversos significados atribuídos aos termos "interesse coletivo" e "interesse difuso" acabaram gerando uma hipertrofia conceitual doutrinária, com inúmeras discussões em aberto, como, por exemplo: "se os interesses transindividuais são interesses de natureza pública ou privada"[605], ou se "eles consistem em uma relação jurídica única ou numa mera soma de interesses individuais"[606].

Na doutrina espanhola sustenta-se que os interesses coletivos e difusos, entendidos em sentidos próprios, não têm diferenças essenciais ou ontológicas, fazem referência a um mesmo fenômeno jurídico, a um mesmo tipo de situações jurídicas, as quais têm uma mesma natureza e estrutura e que comportam similares problemas jurídicos e processuais - os interesses supraindividuais[607].

---

deixou de esclarecer importantes questões, por exemplo, o significado preciso que se deva dar à expressão "interesse coletivo".

[604] Pablo Gutierrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, "La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos", pgs. 62; 63 e 64. Esta apreciação é reiterada em grande parte dos trabalhos sobre a matéria, neste sentido, F. Sgubbi, "Tutela penale di 'interessi diffusi', In "La Questione Criminale", pg. 440: assinala que 'a terminologia é variável e equívoca'. Para J. J. Gonzáles Rus, "Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal", 'as dificuldades de precisão conceitual que apresentam os interesses coletivos começam com a própria denominação'; a expressão 'interesses coletivos' é altamente equívoca por adotar 'sentidos absolutamente diversos' (citado por Gutierrez, pg. 64).

[605] Assim, existem aqueles que os enquadram no âmbito privado, outros os assimilam ao interesse geral ou público e existem aqueles que sustentam que o interesse supraindividual ocupa uma posição intermediária entre o público e o privado – neste sentido W. Cesarini Sforza e M. S. Giannin. Gutierrez filia-se a esta parte da doutrina dizendo: "pode-se dizer que o âmbito em que estes interesses se desenvolvem não é nem o puramente privado, nem o público em sentido estrito. É um nível 'intermediário' entre o público e privado, em correspondência com a posição também intermediária dos corpos sociais que são seus naturais portadores", pgs. 80 a 87, In Pablo Gutierrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, "La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos", pg. 68.

[606] Ibid., pg. 73.

[607] Pablo Gutierrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, "La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos", pg. 109. Neste obra, faz uma análise didática sobre a confusão conceitual existente sobre o tema e destaca detalhadamente os principais critérios adotados pela doutrina italiana e espanhola. Mostra-se favorável aos critérios utilizados pela doutrina e legislação brasileiras

A doutrina brasileira, por sua vez, considera ambas figuras como tipos de interesses transindividuais (supraindividuais ou metaindividuais), e contempla os interesses coletivos como sendo aqueles interesses comuns a uma coletividade de pessoas, quando existe um vínculo jurídico entre os integrantes do grupo; por outro lado, os interesses difusos se baseiam em dados meramente fáticos, acidentais e mutáveis[608].

Expostas estas considerações iniciais, passa-se à análise do tema sob a luz da doutrina e legislação brasileiras que, segundo Pablo Gutierrez, "trata-se de uma das legislações que mais explicitamente regula a matéria dos *interesses difusos*"[609].

No Brasil, a defesa dos interesses de grupos foi disciplinada primeiramente pela Lei 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública (LACP) e, posteriormente, pela Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor (CDC) que "distinguiu os interesses *transindividuais* em *difusos*, *coletivos* e *individuais homogêneos*".

Neste ponto, será necessária uma explicação detalhada, primeiramente sobre o que são interesses transindividuais e, posteriormente, sobre os diferentes tipos de interesses que se inserem nessa classificação.

---

quanto aos interesses difusos e coletivos, porém discorda em alguns pontos quanto aos interesses individuais homogêneos.

[608]Vide Pablo Gutierrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, "La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos", pg. 107/108.

[609] Citado por Pablo Gutierrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, "La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos", pg. 108.

IV. 6.1. Interesses transindividuais (ou de grupo)

Segundo Hugo Nigro Mazzilli, a expressão *transindividual* se trata de um "neologismo formado com um prefixo e um radical latinos". A doutrina e a jurisprudência utilizam-se também do termo *metaindividual* com a mesma significação, assim, as duas expressões dizem respeito aos interesses de grupos de um modo geral[610].

O que caracteriza os interesses transindividuais (ou de grupo) no aspecto processual é a necessidade de que o acesso individual à Justiça seja substituído por um processo coletivo, apto a evitar decisões contraditórias, ou seja, em proveito de todo o grupo por ser exercido de uma só vez.

IV.6.2. Interesses difusos

O Código de Defesa do Consumir, em seu artigo 81, parágrafo único, I, define *interesses difusos* como "*interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*"[611].

---

[610] Hugo Nigro Mazzilli, "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", pg. 46. No presente trabalho será adotado o termo *transindividual* por ser o empregado pela legislação e o mais corrente no meio jurídico brasileiro, além de, como explica o autor em questão, apresentar um maior rigor gramatical. Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, "La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos" utiliza o termo *supraindividual* no mesmo sentido em que a legislação e a doutrina brasileiras utilizam o termo *transindividual*.

[611] TÍTULO III - Da Defesa do Consumidor em Juízo - CAPÍTULO I - Disposições Gerais - Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo. Parágrafo único. A **defesa coletiva** será exercida quando se tratar de: I - **interesses ou direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - **interesses ou direitos coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - **interesses ou direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O interesse difuso pode apresentar-se segundo diferentes formas e contextos; ele, portanto, contém "uma área extensa de intrínseca conflituosidade". A doutrina destaca a existência de interesses difusos tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (o meio ambiente, por exemplo); outros se encontram em conflito com o interesse da coletividade como um todo; outros chegam a estar em conflito com o interesse do próprio Estado, enquanto pessoa jurídica[612].

O artigo 81, parágrafo único, I, menciona ainda que a *natureza* dos interesses difusos é *indivisível*. Assim, a pretensão é compartilhada por um número indeterminável de pessoas e não pode ser quantificada ou dividida entre os membros de uma determinada coletividade. Da mesma forma, o produto de uma eventual indenização não pode ser repartido entre os mesmos integrantes, pois além da impossibilidade de individuar todos os lesados, o próprio interesse é indivisível[613].

O Código de Defesa do Consumidor, ao dizer que os titulares destes direitos são *pessoas ligadas por questões fáticas*, "não pretende separar a situação fática da situação jurídica, e sim ressaltar que "o elo fático é o que caracterizará o interesse difuso do grupo"[614].

---

[612] Hugo Nigro Mazzilli, "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", pg. 47.
[613] Hugo Nigro Mazzilli, "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", pgs. 47, nota 09, e 48.
[614] Hugo Nigro Mazzilli, "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", pg. 47. Como explicação desta ressalva ele utiliza o seguinte exemplo: um dano ambiental que ocorra numa região X envolve, conseqüentemente, tanto uma relação jurídica como uma situação de fato comum; mas o grupo lesado será aquele formado pelos moradores da região atingida, ou seja, que estejam vinculados ao mesmo elo fático que caracterizará, por sua vez, o interesse difuso do grupo.

IV.6.3. Interesses Coletivos

O ordenamento jurídico brasileiro conferiu à expressão *interesses coletivos* dois sentidos: um sentido amplo e um restrito. Em sentido *lato*, a expressão refere-se a interesses transindividuais ou de grupos. É justamente nesta direção que o texto constitucional de 1988 faz referência , no seu Título II, a *direitos coletivos* e, em seu artigo 129, inciso III, a *interesses coletivos*.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, ao disciplinar a *ação coletiva* que se destina à defesa dos interesses transindividuais como um todo, trabalha com o sentido lato do termo; entretanto, não deixa de adotar um aspecto mais restrito quando determina no artigo 81, parágrafo único, II, que *interesses coletivos* consistem em interesses "*transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum*"[615].

Conforme o parâmetro traçado pelo referido Código, pode-se afirmar que nos conflitos que envolvam interesses coletivos, em sentido estrito, "a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática comum, e sim da própria relação jurídica viciada"[616].

---

[615] Hugo Nigro Mazzilli, "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", pg. 48.
[616] Hugo Nigro Mazzilli, "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", pg. 49. O autor exemplifica: numa ação civil pública que vise à nulificação de uma cláusula abusiva em contrato de adesão; o interesse em ver a ilegalidade da cláusula reconhecida é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma não quantificável e, portanto, indivisível: **a *ilegalidade* da cláusula será igual para todos eles**.

IV.6.4. Interesses Individuais Homogêneos

O citado art. 81, Parágrafo Único, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC) se restringe a dizer: "III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

Em face da amplitude do conceito, a doutrina e a jurisprudência tiveram uma participação importante no esclarecimento do alcance e, conseqüentemente, na aplicação dos interesses individuais homogêneos.

Hugo Nigro Mazzilli os conceitua como "aqueles pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente advindos da mesma circunstância de fato"[617].

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, partindo do conceito legal e doutrinário, firmou o entendimento de que os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos em sentido lato:

> " 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos (...) ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos

[617] Hugo Nigro Mazzilli, "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", pg. 50.

> individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas (...)”[618].

Esta Corte também decidiu favoravelmente à capacidade postulatória do Ministério Público nos casos que envolvam direitos individuais homogêneos, tendo em vista que a Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis[619]; e detém capacidade postulatória para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e também de outros interesses difusos e coletivos[620].

Finalmente, faz-se menção ao recente julgado do Tribunal Superior do Trabalho, que reconhece a legitimidade dos sindicatos para figurarem como substitutos processuais em demandas que envolvam interesses individuais homogêneos:

> EMBARGOS. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - LEGITIMIDADE PROCESSUAL. ART. 8O, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.

---

[618] RE n. 163.231 – SP - São Paulo, STF.
[619] CF/88, art. 127.
[620] CF/88, art. 129, I e III

(...) foi cancelada a Súmula nº 310, ao fundamento de que o artigo 8º, inciso III, da Constituição da República autoriza o sindicato a atuar como substituto processual de toda a categoria, inclusive na defesa de direitos individuais homogêneos. (...)

6. Esse entendimento decorre de interpretação coerente da Constituição, conferindo-lhe seu cunho deontológico. É de ressaltar que a Carta Magna não deve ser interpretada com base na lei, e, sim, a lei deve pautar-se na Constituição da República. É questão de lógica hierárquica que se aplica na interpretação jurisdicional, que deve, cada vez mais, ter como base que a Constituição da República estabelece deveres a serem cumpridos, especialmente se a questão envolve a ampliação do acesso à Justiça. Ao mesmo tempo, em uma análise mais detida, a questão coaduna-se com o princípio democrático, por que esta Corte deve continuamente zelar.

7. Ressalte-se que um dos valores basilares do Direito do Trabalho no Brasil, sobretudo com o processo de democratização trazido pela Constituição da República de 1988, é a ampliação da atuação dos sindicatos, conferindo-lhes, por meio do art. 8o, III, a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. (...)

ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos Embargos por violação ao art. 8º, III, da Constituição da República, e, no mérito, dar-lhes provimento para determinar o retorno dos autos à Vara de origem, a fim de que examine o mérito dos pedidos constantes nos itens 1 usque 4 da

> petição inicial, como entender de direito, afastada a preliminar de ilegitimidade do sindicato”[621].

IV.6.5. Como identificar esses interesses

Mazzilli elabora alguns questionamentos que podem auxiliar na identificação dos interesses transindividuais ou de grupos existentes, são eles[622]:

> 1º) o grupo lesado é indeterminável e o proveito reparatório, em decorrência das lesões, é indivisível?
>
> 2º) O proveito pretendido em decorrência das lesões é indivisível, mas o grupo é determinável, e o que une o grupo é apenas uma relação jurídica básica comum?
>
> 3º) o dano provocou lesões divisíveis, individualmente variáveis e quantificáveis?

No primeiro questionamento, se a resposta for afirmativa, pode-se concluir pela existência de interesses difusos; no segundo, se a resposta também for afirmativa, pode-se detectar a presença de interesses coletivos e, se no terceiro a resposta for afirmativa, estar-se-á diante de interesses individuais homogêneos[623].

Ainda com o fito de auxiliar na identificação dos interesses transindividuais, o referido autor elabora o seguinte quadro ilustrativo[624]:

---

[621] PROCESSO: E-RR NÚMERO: 741470 ANO: 2001 PUBLICAÇÃO: DJ - 18/08/2006 PROC. Nº TST-E-RR-741.470/2001.0. Fonte de Pesquisa: http://www.tst.gov.br. Data da Pesquisa: 20-08-06.
[622] Hugo Nigro Mazzilli, “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, pgs. 52-53.
[623] Hugo Nigro Mazzilli, “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, pgs. 52-53.
[624] Ibid., pg. 52. Com a elaboração deste quadro o autor procura enfatizar o liame ou o nexo que possibilitará a identificação dos interesses transindividuais previstos pela legislação brasileira.

Interesses	Grupo	Divisibilidade	Origem
Difusos	Indeterminável	Indivisíveis	Relação Fática
Coletivos[625]	Determinável	Indivisíveis	Relação Jurídica
Ind. Homogêneos	Determinável	Divisíveis	Origem Comum

Verifica-se, portanto, que no tocante aos interesses difusos o liame ou nexo que une o grupo de forma indivisível concentra-se "**numa situação de fato compartilhada por um grupo indeterminável**"[626]. Já nos *interesses coletivos*, o grupo é unido por "uma **relação jurídica básica comum"**, a qual deverá ter uma solução "uniforme e indivisível para todos os seus integrantes"[627].

Por fim, nos **interesses individuais homogêneos**, a origem comum funda-se "tanto **numa situação de fato,** compartilhada pelos integrantes do grupo, como **numa mesma relação jurídica que a todos una"**, onde "o proveito pretendido pelos integrantes do grupo é perfeitamente divisível entre os lesados"[628].

Outra importante questão levantada pelo mesmo autor é sobre a possibilidade do mesmo interesse ser difuso, coletivo e individual homogêneo. Esclarece que por se tratarem de espécies distintas, um mesmo interesse não pode ser entendido desta forma. O que pode realmente acontecer é que de uma única relação jurídica possam advir "o surgimento de interesses transindividuais de

[625] Aqui entendidos como interesses coletivos "*stricto sensu*".
[626] Ibid., pg. 52.
[627] Ibid., pg. 52.
[628] Hugo Nigro Mazzilli, "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", pg. 52.

mais de uma categoria, os quais, poderão até mesmo ser defendidos numa única ação civil pública ou coletiva”[629].

IV.6.6. O direito ao trabalho como um direito transindividual

Feitas estas considerações, podemos concluir que os interesses transindividuais são sentidos especialmente na vertente coletiva do direito ao trabalho, mas não se pode afastar a possibilidade de que se manifestem no campo da relação de trabalho, ou seja, em sua vertente individual[630].

Diante disso, pode-se pensar na hipótese de que uma convenção coletiva viesse a extinguir a estabilidade do dirigente sindical. Esta norma feriria frontalmente o direito a trabalhar de todos os dirigentes sindicais daquela categoria[631], pois, como veremos mais adiante, a estabilidade no emprego, ainda que temporária, é uma das formas de se proteger o direito ao trabalho em sua vertente individual.

Um exemplo concreto que demonstra de forma clara a natureza principiológica do direito ao trabalho e a possibilidade de que este envolva direitos transindividuais, em sua vertente individual, é a Ação Direta de

---

[629] Hugo Nigro Mazzilli, “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, pgs. 54 e 55. Ao exemplificar diz: “de um acidente ecológico, como o de Chernobyl, podem resultar danos difusos ao meio ambiente como um todo, e, ao mesmo tempo, danos individuais homogêneos e divisíveis para os moradores da região”.

[630] Rafael Sastre Ibarreche, “El derecho al trabajo”, pgs. 133 e 134. Não é demais repetir que o direito ao trabalho em sua vertente individual se estende sobre toda a relação de trabalho, e na vertente coletiva fica integrada ao campo da política de pleno emprego.

[631] Vide Itens IV.6.3 e IV.6.5. Neste caso, está se discutindo sobre o direito ao trabalho de um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente advindos da mesma circunstância de fato”.

Inconstitucionalidade 1969 MC/ DF - Distrito Federal, cuja discussão envolve o direito ao trabalho de um grupo e a liberdade de expressão[632].

Esta ação foi dirigida contra o Decreto N. 20.098, de março de 1999, que proibiu a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações públicas a serem realizadas na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti em Brasília, por atentar contra o direito ao trabalho em ambiente de tranqüilidade daqueles que ali laboram. Sua Ementa tem o seguinte teor:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - OBJETO - DECRETO. Possuindo o decreto característica de ato autônomo abstrato, adequado é o ataque da medida na via da ação direta de inconstitucionalidade. Isso ocorre relativamente a ato do Poder Executivo que, a pretexto de compatibilizar a liberdade de reunião e de expressão com o direito ao trabalho em ambiente de tranqüilidade, acaba por emprestar à Carta regulamentação imprópria, sob os ângulos formal e material. (...)"[633].

Nesta decisão, visualizou-se que o direito a trabalhar (em ambiente de tranqüilidade) de um grupo não poderia anular a liberdade de reunião e de expressão por completo. Esta contraposição indica claramente que o direito ao trabalho impõe "direitos e deveres *prima facie*", exigindo, assim, a sua realização segundo as possibilidades fáticas e juridicamente previstas em determinado caso concreto, e que em determinadas circunstâncias envolve direitos transindividuais

---

[632] Fonte de Pesquisa: www.stf.gov.br . Data da Pesquisa: 17-02-06.
[633] Fonte de Pesquisa: www.stf.gov.br . Data da Pesquisa: 17-02-06.

de uma coletividade, neste caso, os funcionários que trabalham na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti, em Brasília[634].

No tocante à dimensão coletiva do direito ao trabalho, poderia se cogitar sua lesão nos casos em que se constate inércia ou fraude na implementação de políticas públicas de trabalho e emprego pelo poder executivo, ou, ainda, quando estas sejam implementadas mas não atendam aos seus objetivos iniciais por motivos de várias ordens, dentre os quais falhas estruturais e ineficiência dos programas ali previstos[635].

Mas não se deve desconsiderar a hipótese de que uma determinada política de trabalho e emprego viesse a ferir interesses de um grupo específico de trabalhadores, unidos por uma relação jurídica básica comum. Assim, hipoteticamente, se uma lei viesse a revogar as normas vigentes sobre contratação obrigatória de portadores de deficiência pelas empresas com mais de cem funcionários, poderia se cogitar a lesão do direito ao trabalho desta coletividade no campo da relação de trabalho[636].

Devemos advertir que neste último exemplo, as análises devem averiguar se os Poderes Públicos desenvolvem ou não programas de ação que visem de fato a concretização do direito ao trabalho, e não se ele tem ou não condições para

---

[634] Fonte de Pesquisa: www.stf.gov.br . Data da Pesquisa: 17-02-06. Discute-se, aqui, sobre o direito ao trabalho de um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente advindos da mesma circunstância de fato".

[635] Neste caso, a discussão recai sobre o direito ao trabalho dos trabalhadores de um modo geral, caracterizando, assim, uma situação de fato compartilhada por um grupo indeterminável.

[636] Aqui, discute-se sobre o direito ao trabalho de um grupo determinável, indivisível e vinculado à mesma situação jurídica, que deverá ter uma solução "uniforme e indivisível para todos os seus integrantes". Vide itens IV.6.3. e IV.6.5. Como se verá mais adiante, a imposição de contratação de mão-de-obra de portadores de deficiência consiste em uma das medidas mais concretas de concretização do direito ao trabalho nos momentos anteriores ou constitutivos do contrato de trabalho, seja sob a modalidade subordinada ou não.

garantir um posto de trabalho a todos os cidadãos. Perspectiva que torna a questão inteiramente de direito e não mais de fato[637].

IV.7. Os sujeitos ativos e passivos do direito ao trabalho

A identificação dos sujeitos ativos e passivos do direito ao trabalho no ordenamento jurídico brasileiro requer uma análise sistemática da Constituição de 1988. Como se viu, o seu reconhecimento envolve distintos preceitos, que, por sua vez, são sentidos em diversos campos normativos infraconstitucionais[638]. Neste passo, devemos lembrar que o direito ao trabalho é um direito fundamental na Constituição de 1988 e, por isso mesmo, a ele se aplicam as análises realizadas no item I.9.

IV.7.1. Sujeitos Ativos

Quando se trata de examinar os possíveis sujeitos ativos do direito ao trabalho no texto de 1988, inicialmente há que se verificar se os beneficiários deste direito podem ser todos os trabalhadores ou somente os trabalhadores subordinados, segundo a restrita concepção traçada por parte dos ordenamentos jurídico-trabalhistas.

---

[637] Vide item I.6.2.1. Fabio Konder Komparato, "O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", In Eros Roberto Grau; Sérgio Sérvulo da Cunha (org), "Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva", pg. 250.

[638] No âmbito individual os artigos 1º, incisos III e IV, 6º, 7º, inciso I, II, XXX, XXXI e no âmbito coletivo os referidos artigos 1º, inciso III e IV, 6º e 170, inciso VIII. Vide item IV.2.

Esta discussão se esboçou com particular riqueza no Direito italiano, sob o amparo do artigo 4º da Constituição de 1948[639], cujas teses principais se dividiam em "reducionistas" e "ampliativas" do âmbito subjetivo do direito ao trabalho.[640].

A tese extensiva leva em conta a ampla tutela que as normas constitucionais e ordinárias concedem ao trabalho. Ao contrário, a tese restritiva se fixa na particular proteção de que goza o trabalhador subordinado - e figuras assimiladas - como parte mais débil da relação sócio-econômica e jurídica em oposição àquela ostentada pelo empregador[641].

Para Rafael Sastre Ibarreche, é difícil sustentar "outra interpretação que não seja a ampliativa, sem que isto signifique optar por um mecanismo depreciativo do alcance do preceito ou do caráter social deste direito"[642].

De fato, nos tempos atuais seria um contra-senso encarar o direito a trabalhar como um direito destinado tão somente àqueles que se vinculam a uma relação de trabalho subordinada. Vivemos uma fase de transição, com decisiva influência nos hábitos culturais, na economia e no Direito. Com o Direito do Trabalho não é diferente. A reestruturação proposta se dá, inclusive, quanto aos seus paradigmas estruturais, passando não só a analisá-lo como um direito protetor do trabalho subordinado, mas também como um direito que promova e viabilize o trabalho humano[643].

---

[639] "Artículo 4. La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho. Todo ciudadano tendrá el deber de elegir, con arreglo a sus posibilidades y según su propia elección, una actividad o función que concurra al progreso material o espiritual de la sociedad". Fonte de pesquisa: www.constitucion.es/otras_constituciones/. Data da Pesquisa: 24-07-04.
[640] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 120.
[641] Ibid., pg. 120
[642] Ibid., mesma página.
[643] Como bem destaca Renato Rua de Almeida, "É Possível um Direito do Trabalho para os Micro, Pequeno e Médio Empregadores?", pg. 119: "Ora, a busca de novos paradigmas para o Direito do

No cenário brasileiro, este exame deve ultrapassar as fronteiras dos preceitos constitucionais que regulamentam o direito ao trabalho em nosso ordenamento, para se fixar no artigo 114 da Constituição de 1988, que antes das recentes alterações trazidas pela Emenda Constitucional N. 45 já indicava claramente a adoção da tese extensiva em nosso ordenamento jurídico[644].

Mas, ainda assim, no tocante à nova competência da Justiça do Trabalho brasileira, tem se discutido sobre a necessidade da diferenciação entre as relações de consumo e as de trabalho. As primeiras envolvem o consumidor e o fornecedor e se submetem às diretrizes do Código do Consumidor e, nesta medida, devem ser excluídas do âmbito da Justiça do Trabalho[645].

De qualquer forma, esta é uma questão que não atinge diretamente o problema da titularidade ativa do direito ao trabalho, pois, ainda, que se adote a segunda tese, os indivíduos que movem sua força de trabalho no campo delimitado pela relação de consumo não deixam de ser sujeitos ativos deste direito. E aqui talvez se concentre um dos argumentos mais fortes contra a

---

Trabalho regula a relação de emprego, visando, no plano jurídico, à contribuição da superação do desemprego e da informalidade no mercado de trabalho, passa necessariamente pela regulação dessa relação empregatícia centrada no contexto das empresas, sobretudo da pequena empresa, como a grande empregadora da modernidade".

[644] Maria Hemília Fonseca, "Justiça do Trabalho – Relação de Trabalho Versus Relação de Emprego: Uma Dicotomia que chega ao fim?"pg. 26.

[645] O rol de textos que cuidam deste tema é vastíssimo. A doutrina nacional tem cumprido o seu papel e vem se dedicando com afinco às inúmeras discussões que o tema envolve, ainda que existam opiniões para todos os gostos e gêneros. Esta diversidade, na verdade, é um processo natural decorrente de uma alteração tão significativa, que, ao nosso ver, já era perfeitamente aplicável antes da promulgação da citada Emenda Constitucional N. 45. Maria Inês M. S. Alves da Cunha, "Relações de Trabalho e Direito Civil. A Nova Competência da Justiça do Trabalho", pgs. 61 e 62, destaca com propriedade esta variedade de opiniões: "Debatemos e teorizamos a extensão e o alcance da expressão 'relação de trabalho'; cotejamos o inciso I do art. 114 da Constituição Federal com o inciso IX do mesmo dispositivo legal e a cada momento nos surpreendemos com o universo que é possível inserir naquela expressão.

primeira tese: “o trabalho não é uma mercadoria. O trabalhador sobrevive de seu trabalho, por este motivo ele não é um fornecedor”[646].

Nesta direção, há quem identifique uma fase de transição para um Direito do Trabalho mais abrangente, exercendo sua força atrativa, a acolher outras relações de trabalho em que está presente a necessidade de uma maior proteção para o estabelecimento da igualdade substancial[647].

Por isso mesmo, pode-se afirmar que os sujeitos ativos do direito ao trabalho no ordenamento jurídico brasileiro são todos os trabalhadores, e não apenas aqueles que se inserem no quadro desenhado pelo artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, que exterioriza o conceito de empregado em nosso país[648].

Uma vez estabelecido que o âmbito subjetivo ativo do direito ao trabalho no Brasil está vinculado à tese extensiva, é preciso fazer uma advertência quanto as suas respectivas dimensões.

---

[646] Este foi um dos argumentos utilizados por Arion Sayão Romita, no “Fórum Internacional sobre Perspectivas do Direito e do Processo do Trabalho”, dia 02 de fevereiro de 2006, Tema: Relações de Trabalho e Relações de Consumo, para refutar a tese que exclui da competência da Justiça do Trabalho as relações de consumo.

[647] Maria Inês M. S. Alves da Cunha, “Relações de Trabalho e Direito Civil. A Nova Competência da Justiça do Trabalho”, pg. 69, 70 e 71, adota um critério interessante para negar a exclusão das relações de consumo do âmbito da Justiça do Trabalho: “Concluo que diante da realidade que evidencia um desequilíbrio substancial em tantas outras relações de trabalho que não a de emprego, e onde o trabalho e a proteção do trabalhador se impõem como necessidade, o princípio protetor, fundamento maior do Direito do Trabalho, se coloca como critério a ser adotado na superação de tais desigualdades”. A autora menciona o Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional, cujo objetivo é a alteração da redação do art. 652 da Consolidação das Leis do Trabalho para, assim, delimitar o conceito de relação de trabalho, incluindo na competência da Justiça do Trabalho as lides entre o representante comercial autônomo e o tomador de serviços; o corretor e o tomador de serviços; o transportador autônomo e empresa de transporte ou usuário de serviços; empreiteiro e subempreiteiro, ou qualquer deste e o dono da obra, nos contratos de pequena empreitada, sempre que os primeiros concorrerem pessoalmente com seu trabalho para a execução dos serviços, ainda que mediante o concurso de terceiros; parceiro ou arrendatário rural e proprietário; cooperativa de trabalho e/ou seus associados e os respectivos tomadores de serviços.

[648] “Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”.

No âmbito individual, em que o direito ao trabalho se submete ao campo delimitado pelo contrato de trabalho, os seus titulares são todos os trabalhadores, em quaisquer das modalidades de trabalho atualmente previstas. Sem se excluir a possibilidade de que também nesta vertente o direito ao trabalho possa envolver interesses transindividuais, o que obviamente os autoriza a agir coletivamente; nestes casos, há que se destacar o papel essencial dos sindicatos e associações civis como órgãos representativos das classes trabalhadoras[649].

Quanto ao âmbito coletivo, em que o direito ao trabalho aparece integrado ao campo das políticas de pleno emprego, especialmente as de geração de trabalho e emprego, também são considerados como sujeitos ativos todos os trabalhadores, mas em função desta dimensão envolver essencialmente interesses transindividuais, estes trabalhadores se concentram em uma coletividade, atendendo-se os critérios de identificação de suas espécies[650].

Existe, ainda, uma outra discussão de grande relevância, na qual se procura averiguar se todos os indivíduos que trabalham em nosso país podem ser

---

[649] As lições de Hugo Nigro Mazzili, "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", pg. 227, são claras neste sentido: "Seguindo essa tendência mundial, aqui entre nós a Constituição de 1988 alçou à condição de garantia fundamental, para a defesa de interesses coletivos, a legitimidade das entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente. A previsão constitucional encontrou regulamentação na legislação infraconstitucional" (CF, art. 5º, XXI; LACP, art. 5º, I e II, e CDC, art. 82, IV). "Quanto aos sindicatos, igualmente receberam legitimação para a defesa não só dos interesses individuais, mas dos interesses *coletivos* da categoria, *inclusive em questões judiciais ou administrativas*" (CF, arts. 5º, LXX, b, e 8º, III.

[650] Vide IV.6.5. Cabe considerar, ainda, com base na advertência de Rodolfo de Camargo Mancuso, "A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas" In Edis Milaré (Coord.), "Ação Civil Pública: lei 7.347/1985 – 15 anos", pg. 746: "Conquanto tenha o constituinte sinalizado para uma legitimação ativa aberta e participativa (propriamente cooperativa) na defesa dos interesses metaindividuais (ou transindividuais), acenando para vários co-legitimados (cidadão-eleitor, associações, órgãos públicos, entes políticos, Ministério Público – CF, art. 5º, XXI e LXXIII; art. 129, III, IX; art. 225), fato é que a *praxis* judiciária, contudo, veio revelando que tal afluência não se realiza com a proporcionalidade ou o equilíbrio esperados. (...) Com isso, a preponderância das iniciativas judiciais no campo dos interesses metaindividuais, inclusive os relativos ao controle das políticas públicas, foi apontado, claramente para o Ministério Público, e isso se deve a um conjunto de circunstâncias (...)", dentre eles, "a incumbência genérica para a 'defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127)".

considerados sujeitos ativos do direito ao trabalho ou se somente os trabalhadores brasileiros.

Isto significa inquirir acerca de uma possível limitação do exercício do direito ao trabalho em razão da nacionalidade ou, ainda, sobre a aplicação do princípio de prioridade do mercado nacional.

IV.7.1.1. A limitação dos sujeitos ativos em razão da nacionalidade

Inúmeros países prevêem normas restritivas ao trabalhador estrangeiro ante o trabalhador nacional como tentativa de se proteger o direito ao trabalho destes últimos, pois já se constatou que "o movimento migratório representa um fenômeno irreversível das civilizações, restando ao direito apenas enquadrá-lo e equacionar-lhe as conseqüências"[651].

Na Espanha, por exemplo, a existência de trabalhadores nacionais desempregados em determinada atividade consiste, como regra geral, em fator impeditivo à concessão e renovação do visto de permanência no país, que, obviamente, como toda regra geral, comporta exceções[652].

---

[651] Yussef Said Cahali. "Estatuto do Estrangeiro", pg. 71.

[652] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 119. Nesta discussão, procura-se saber se a redução do âmbito subjetivo ativo do direito ao trabalho aos espanhóis, reconhecido pelo artigo 35.1 da Constituição Espanhola, é aceitável ou não. A jurisprudência do Tribunal Supremo caminha na seguinte direção: PERMISO DE TRABAJO DE EXTRANJERO. DENEGACIÓN POR EXISTENCIA DE TRABAJADORES ESPAÑOLES EN PARO EN LA PROVINCIA EN LA MISTA ACTIVIDAD. DENEGACIÓN PROCEDENTE. T.S. (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo. Sección 4a). Sentencia 1 de abril 2003 [Ro Casación 2478/1998]. PERMISO DE TRABAJO DE EXTRANJERO. NO PROCEDE LA DENEGACIÓN POR EXISTENCIA DE TRABAJADORES ESPAÑOLES DESEMPLEADOS CUANDO NO SE ACREDITA QUE ÉSTOS TUVIERAM LA ESPECIALIZACIÓN DEL PERICIONARIO PARA EL PUESTO DE TRABAJO A CUBRIR. AUXILIAR DE CLÍNICA DENTAL. T.S. (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo. Sección 4a). Sentencia 6 de mayo 2003 [Ro Casación 290/1999].

Neste ordenamento, no plano da legislação ordinária, a exclusividade do direito ao trabalho dos espanhóis pretende se fundamentar no artigo 18.1, a) LOE, segundo o qual, para a concessão e renovação da permissão de trabalho, se apreciará, entre outras circunstâncias, a "da existência de trabalhadores espanhóis em desemprego na atividade que se proponha desempenhar o solicitante"[653].

O Tribunal Constitucional Espanhol se pronunciou sobre o assunto por meio da Sentença 107/1984, de 23 de novembro. O objeto do recurso de amparo buscava saber "se a exigência de um requisito administrativo como é a obtenção da autorização de residência a determinados sujeitos - os cidadãos de países hispano-americanos - vulnera ou não o princípio de igualdade"[654].

O referido Tribunal negou provimento ao recurso, argumentando que "'o problema da titularidade e exercício dos direitos e, mais concretamente, o problema da igualdade no exercício destes depende, pois, do direito afetado. Existem direitos que correspondem igualmente a espanhóis e estrangeiros, cuja regulação há de ser igual para ambos; existem direitos que não pertencem de modo algum aos estrangeiros (os reconhecidos no artigo 23 da Constituição, segundo dispõe o artigo 13.2); existem outros que pertencerão ou não aos estrangeiros, segundo disponham os Tratados e as Leis, sendo então admissível a diferença de trato com os espanhóis em relação a seu exercício'"[655].

Esclarece, ainda, o TC deste país que não existe Tratado nem Lei que estabeleçam a igualdade de trato entre nacionais e estrangeiros para o acesso a um posto de trabalho - há para a titularidade e exercício dos direitos trabalhistas

---

[653] Ibid., mesma página.
[654] Ibid., pgs. 120 e 121.
[655] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 121.

uma vez realizada a contratação, com exceções. Como a própria Constituição reconhece o direito ao trabalho somente para os espanhóis, não resulta exigível a igualdade de trato entre os estrangeiros (...) e os espanhóis em matéria de acesso ao trabalho'"[656].

Tal perspectiva reflete um princípio de **prioridade do mercado nacional de trabalho**. Nesta medida, sustenta-se que "a posição jurídica dos estrangeiros no mercado de trabalho espanhol se caracteriza pela nota da diferença de trato em relação aos nacionais", encontrando o princípio de igualdade no acesso ao emprego, derivado dos artigos 14 e 35 CE, a respeito dos estrangeiros que desejem trabalhar na Espanha "uma exceção constitucional"[657].

Segundo Rafael Sastre Ibarreche este princípio de prioridade do mercado nacional apresenta importantes exceções, que devem se localizar naqueles casos em que, diferentemente do caso contemplado pela STC 107/1984, existe Tratado ou Lei que estabeleça a igualdade de trato entre espanhóis e estrangeiros para o acesso a um posto de trabalho[658].

O autor cita como exemplo os nacionais de países membros da União Européia, pois os princípios de livre circulação e de não discriminação por razão de nacionalidade, pilares básicos no ordenamento jurídico comunitário (a teor do artigo 48 do Tratado da União), fundamentam a defesa da igualdade no acesso ao emprego. Explica, ainda, que a decisão deverá ser similar nos casos em que existam Tratados Internacionais que amparem dita igualdade no acesso ao

---

[656] Ibid., pg. 121.
[657] Ibid., pg. 121. O autor faz menção nesta passagem à própria sentença do TC, referida anteriormente.
[658] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 122.

emprego, como por exemplo, o Convênio de dupla nacionalidade com o Chile ou com o Peru[659].

Quanto ao direito português, o princípio geral é de equiparação, ou melhor, de extensão aos estrangeiros dos direitos conferidos aos portugueses. Assim, "como cláusula geral, o n. 1 do artigo 15º[660] aplica-se aí onde não sejam decretadas exclusões de direitos dos estrangeiros e estas não podem ser tais (ou tantas) que invertam o princípio"[661].

Diante disso, "as exclusões (ou reservas de direitos aos portugueses) só podem dar-se por via da Constituição ou da lei", observando-se a "competência da Assembléia da República quando se trate de direitos, liberdades e garantias (art. 168º, n. 1, alínea b)"[662].

Neste país, o direito do trabalho está previsto no art. 58 da CRP de 1976. Nesta direção, Ângela Maria Cavaliere Lorentz defende que "todos os que se encontram em Portugal, nacionais e estrangeiros, têm direito ao trabalho (art.

---

[659] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 122. Em virtude de uma já consolidada jurisprudência que abordou o problema relativo a imperatividade existente, para a autoridade trabalhista, na outorga da necessária permissão de trabalho aos cidadãos chilenos e peruanos, o TS diferencia a titularidade do direito a trabalhar na Espanha e o exercício deste direito, entendendo, em qualquer caso, que tais cidadãos possuem dita titularidade nas mesmas condições que os espanhóis.

[660] "Artigo 15.º (Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus) 1. Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português". Fonte de Pesquisa: http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/ . Data da Pesquisa: 07-01-06.

[661] Jorge Miranda, "Manual de Direito Constitucional – Tomo III", pg. 136. Segundo o autor, há que se falar ainda na "possibilidade de a reserva legal de certos direitos aos portugueses ser feita tanto em termos absolutos como – por maioria de razão – em termos relativos, designadamente através de cláusulas de reciprocidade".

[662] O artigo 14o do Código Civil português consagra "a regra da equiparação dos estrangeiros aos portugueses quanto ao gozo de direitos civis e a regra do não reconhecimento aos estrangeiros de direitos que, sendo atribuídos pelo respectivo Estado aos seus cidadãos, o não sejam aos portugueses em igualdade de circunstâncias". Vieira de Andrade questiona se o citado artigo 14, n. 2 é compatível com o artigo 15 da atual Constituição da República Portuguesa e, para ele, "a resposta não pode deixar de ser afirmativa na lógica do princípio da equiparação – o qual deverá jogar em ambas as direcções e não favorecer apenas os estrangeiros – e tendo ainda em conta a referência à lei da parte final do artigo 15o, n. 2: se a lei pode reservar exclusivamente a portugueses certos direitos, pode não conceder a estrangeiros direitos civis que o respectivo Estado não conceda a portugueses". Contrariamente a esta opinião o autor faz referência a Castro Mendes, "Direito Civil", Vol. I, pgs. 253-254 e Carvalho Fernandes, Vol. I, pg. 237, In Jorge Miranda, "Manual de Direito Constitucional – Tomo III", pgs. 138, 140 e 141.

58º). Mas o direito ao trabalho dos cidadãos portugueses, em Portugal, deve ter preponderância sobre o direito dos demais, por sua especial importância, pois pertence à categoria de princípio dos princípios fundamentais - o da dignidade humana - pois os homens têm raízes na sua terra natal e nela desejam se tornar úteis à sua família e à coletividade. Tal preponderância assume uma particular relevância em tempos de globalização econômica e de desemprego em massa dos trabalhadores"[663].

Defendendo a aplicação do princípio de **prioridade do mercado nacional de trabalho**, a autora sustenta que o Tratado da União Européia, apesar de estipular no artigo 39 que "a livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho", ao mesmo tempo prevê, no artigo 6º-3, que "a União respeitará as identidades nacionais dos Estados-membros" e que "qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades (artigo 52º)" [664].

De todas as formas, há que se levar em conta que o Estado Português se insere no contexto da Comunidade Européia, devendo, portanto, atender aos

---

[663] Ângela Maria Cavaliere Lorentz, "O direito fundamental ao trabalho do cidadão português em Portugal", Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa, Direito do Trabalho 2001/2002, orientação - Professora Doutora Maria do Rosário Palma Ramalho, pgs. 9, 58, 59 e 68. Para a autora: "O direito ao trabalho do cidadão português em Portugal tem preponderância sobre o direito ao trabalho dos demais, por representar um interesse público, na medida em que se está protegendo a dignidade dos nacionais contra terceiros, e um interesse privado, pois os indivíduos necessitam do reconhecimento e o respeito da comunidade em que vive".

[664] Ângela Maria Cavaliere Lorentz, "O direito fundamental ao trabalho do cidadão português em Portugal", Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa, Direito do Trabalho 2001/2002, orientação - Professora Doutora Maria do Rosário Palma Ramalho, pgs. 47, 60 e 66. Assim, conclui que "a restrição ao direito fundamental ao trabalho dos estrangeiros em Portugal é necessária para que o mercado de trabalho em Portugal seja destinado prioritariamente aos portugueses, dentro dos limites necessários à proteção da dignidade do povo português".

princípios traçados pelos diversos instrumentos normativos que a regulamentam, dentre eles, "a proibição de discriminação em razão de nacionalidade" (art. 12º TCE) e "o princípio de livre circulação de trabalhadores" (art. 39). Deve-se considerar também, como o faz Jorge Miranda, que a previsão do "sistema de reciprocidade" no artigo 14º do Código Civil português reafirma a necessidade de se dar aos cidadãos de todos os Estados Membros da Comunidade Européia o mesmo tratamento dado aos portugueses neste espaço geográfico"[665].

No direito brasileiro as regras sobre nacionalidade[666] sempre foram enunciadas pela própria Constituição, pois, por se tratar de um país receptor e exportador de mão-de-obra, nunca desconsiderou a questão do imigrante[667]. Mesmo assim estas diretrizes constitucionais não deixaram de ser

---

[665] Jorge Miranda, "Manual de Direito Constitucional – Tomo III", pg. 132.

[666] A Constituição do Império de 25 de março de 1824 cuidava do tema no art. 6o; a Constituição da República de 24 de fevereiro de 1981 no art. 69; a Constituição da República de 16 de julho de 1934 no art. 106; a Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937 no art. 115; a Constituição Federal de 18 de setembro de 1946 no art. 129; a Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 no art. 140; a Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969 no art. 145 e, por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no art. 12.

[667] Teresa Sales; Maria do Rosário R. Salles (Orgs.), "Políticas migratórias: América Latina, Brasil e brasileiros no exterior".
Fonte de Pesquisa: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832003000100013. Data da Pesquisa: 29-09-05. Na segunda parte do livro intitulada "Brasil: País de Imigrantes?", os autores analisam de forma coerente as políticas brasileiras de imigração em momentos diferentes da história, enquanto mantêm o eixo comparativo com outros países da América Latina. Dentre eles, Maritza Feretti, "Direitos Humanos e Imigrantes", avalia "criticamente a visão predominante do Brasil como país tolerante à luz da discriminação histórica sofrida pelos estrangeiros frente às políticas mantidas pelo Estado brasileiro. Acaba, portanto, conclamando os interessados na temática de imigração a acompanhar de perto o cumprimento das disposições constitucionais a respeito dos migrantes". Já no ensaio "Política Imigratória no Brasil e na Argentina nos Anos de 1930: Aproximações e Diferenças", de Alicia Bernasconi e Oswaldo Truzzi, conclui-se que, apesar de ambos os países terem erguido barreiras à imigração nos anos 30, a queda bruta na entrada de imigrantes que ambos experimentaram a partir dessa década teve mais a ver com a depressão econômica mundial do que com quaisquer mudanças legais. O artigo de Maria Beatriz Rocha-Trindade, da Universidade Aberta de Lisboa, denominado "Políticas de Migrações: Portugal e Brasil" analisa o eixo migratório luso-brasileiro, apontando a grande aproximação histórica entre os dois países na questão de direitos iguais para os imigrantes lusofalantes e o atual estreitamento das políticas migratórias portuguesas frente às exigências de seus parceiros políticos e comerciais na União Européia. Comentários de Thaddeus Gregory Blanchette.

regulamentadas por leis ordinárias e Resoluções Normativas do Conselho Nacional de Imigração[668].

Na Constituição de 1988 o caput do artigo 5º inclui "os estrangeiros residentes no País" no campo de proteção dos direitos fundamentais. Uma interpretação literal deste artigo levaria à afirmação de que somente os estrangeiros residentes no País estariam protegidos pelos direitos fundamentais, contudo, há quem sustente que essa expressão contempla "todos os estrangeiros que estejam sob as leis brasileiras, sob o território nacional, sejam eles residentes ou não no Brasil"[669].

Como foi visto, os direitos fundamentais estão sujeitos a certas restrições, desde que não haja ofensa ao seu núcleo fundamental. Esta diretriz tem sido aplicada por diversos países quanto ao direito ao trabalho, tendo em vista os problemas gerados pela entrada de estrangeiros nos países que integram as chamadas "rotas de imigração", notadamente, a inserção descontrolada de mão-de-obra e a saturação do mercado de trabalho[670].

---

[668] Yussef Said Cahali, "Estatuto do Estrangeiro", São Paulo: Saraiva, 1983, pg. 12. Fonte de pesquisa: http://www.mj.gov.br/Estrangeiros/permanencia.htm. Data de pesquisa: 18-09-05. Dentre as quais, a "Lei n. 904, de 12 de novembro de 1902, modificada pela Lei n. 1.805, de 12 de dezembro de 1907, a que deu Regulamento o Decreto n. 6.948, de 14 de maio de 1908; Decreto-lei n. 389, de 25 de abril de 1938; Lei n. 818 de setembro de 1949". Atualmente está em vigor a Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, alterada pela Lei 6.964/81; Decreto 86.715/81, existindo, porém, um novo projeto sobre o Estatuto do Imigrante que, uma vez superada a fase de sugestões, será encaminhado ao Congresso Nacional para votação final.

[669] Vicente Paulo, (org.) Juliana Maia, "Aulas de Direito Constitucional", pg. 115.

[670] Neste sentido, o jornal Folha de São Paulo; sexta-feira, 7 de outubro, de 2005 – A18, publicou reportagem sobre imigrantes ilegais na Espanha e na França: "Segundo as leis espanholas, pessoas em condição ilegal podem permanecer no território caso a Espanha não tenha acordo de repatriação com seu país de origem. É o caso de vários imigrantes provenientes da África subsaariana. Mas um acordo bilateral entre a Espanha e Marrocos, de 1992, prevê que imigrantes ilegais podem ser mandados para o lado marroquino mesmo que não sejam do país. A decisão nunca havia sido colocada em prática. Muitos (imigrantes) dizem que preferem morrer a voltar ao Marrocos. Segundo Petrick Honta, um camaronês de 25 anos que está em Merilla, 'a União Européia deveria considerar a entrada de trabalhadores nos países em que há carência de mão-de-obra'". "O ministro do Interior da França, Nicolas Sarkozy, está preparando um projeto de lei que vai estabelecer mais controle sobre a imigração. Segundo o rascunho do projeto, que deverá estar pronto até o final do ano, o país deseja favorecer a chegada de estudantes estrangeiros e fixou critérios de idade, graduação e experiência profissional que serão desejáveis".

Diante disso, quando se trata de examinar a aplicação do princípio de prioridade do mercado nacional em nosso país, como forma de se proteger o direito ao trabalho dos brasileiros, há que se considerar conjuntamente o caput do art. 5º da Constituição de 1988 e as normas que regulamentam o trabalho do estrangeiro.

IV.7.1.1.1. O trabalho de estrangeiros no Brasil

Como referido acima, o caput do Art. 5º determina que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)".

Entretanto, no campo infraconstitucional o trabalho do estrangeiro é regulado pela Lei n. 6.815 de 19-08-1980, também conhecida como "Estatuto do Estrangeiro", por inúmeras Resoluções Normativas do Conselho Nacional de Imigração e, ainda, pela Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 352 a 358).

Nesta medida, o Estatuto do Estrangeiro procurou coibir a imigração clandestina, preservando a integridade institucional, o resguardo dos interesses nacionais de conteúdo político, sócio-econômico e cultural e a defesa do trabalhador nacional, tendo em vista a competição, ainda mais acirrada, a que ele estaria exposto diante de uma política migratória indiscriminada[671].

Sarkozy também disse, em julho último, que a França pretende aumentar em 50% os envios de imigrantes às fronteiras para chegar a 23 mil expulsões neste ano".

[671] Yussef Said Cahali, "Estatuto do Estrangeiro", pgs. 77 e 78. Segundo o autor: "o propósito oficial do legislador é precaver-se contra o acesso indiscriminado de mão-de-obra, qualificada ou não, que aqui venha para competir com os nacionais em um mercado de trabalho que dá mostras de saturação". Em

Neste sentido, o referido Estatuto consubstancia em seus primeiros dispositivos os interesses nacionais que devem ser atendidos na execução da política migratória, sendo um deles a *defesa do trabalhador nacional* (art. 2º)[672]. Assim, não seria um absurdo dizer que no Brasil, além de se assegurar preferência ocupacional aos brasileiros, existem certas restrições trabalhistas ou de exercício de atividade profissional em relação aos estrangeiros[673].

Segundo as diretrizes traçadas pelo artigo 5º do Estatuto supracitado, a entrada do estrangeiro no território nacional está condicionada à concessão do visto consular. Assim, para que um estrangeiro possa trabalhar no Brasil é necessário obter o visto "temporário" ou "permanente", em geral concedidos com o objetivo de incentivar o uso de mão-de-obra qualificada ou o investimento no país[674].

Na técnica do Estatuto do Estrangeiro, "a classe dos temporários compreende aqueles que pretendem vir ao País em razão de uma das causas enunciadas pelo próprio legislador"[675]. Em sede doutrinária há quem defenda que a concessão do visto temporário ao estrangeiro não se determina em função do tempo de permanência no território nacional, mas da finalidade de sua vinda ao

---

muitas circunstâncias tal restrição encontra sua razão no superior interesse do Estado, como em casos de crise interna de desemprego.

[672] Yussef Said Cahali, "Estatuto do Estrangeiro", pgs. 74, 75 e 78. Nesta direção Gilda Russomano evidencia os graves inconvenientes que uma imigração indiscriminada e ilimitada podem resultar. Em primeiro lugar, ela coopera para o pauperismo já existente; em segundo, concorre para o aumento do analfabetismo e da criminalidade e, em terceiro, prejudica a integridade nacional do país acolhedor, quando os imigrantes não se deixam assimilar pelo novo ambiente, podendo formar até mesmo "verdadeiros quistos coloniais estrangeiros na terra que os recebeu".

[673] Yussef Said Cahali, "Estatuto do Estrangeiro", pg. 79.

[674] Yussef Said Cahali, "Estatuto do Estrangeiro", pg. 83. Ver Fonte de pesquisa: http://www2.uol.com.br/canalexecutivo/notas05/180720053.htm. Data da pesquisa: 18-09-05.

[675] Ibid., pg. 105.

Brasil. Desta forma, as hipóteses previstas no art. 13 do Estatuto são enunciativas, ainda que possam parecer taxativas[676].

O processo de análise de visto temporário para exercício de atividade remunerada no país pelo Ministério do Trabalho demora, em média, trinta dias, com direito a recursos, no caso de indeferimento[677].

Por outro lado, a concessão do visto permanente está disciplinada de forma mais rigorosa do que a do visto temporário, pois pressupõe o propósito imigratório por parte do estrangeiro, ou seja, a pretensão de fixar-se em definitivo no território nacional[678].

---

[676] Ibid., pg. 105, 109 e 110. De acordo com o art. 13 do Estatuto, o visto temporário poderá ser concedido ao estrangeiro que pretende vir ao Brasil: I – em viagem cultural ou em missão de estudos; II – em viagem de negócios; III – na condição de artista ou desportista; IV – na condição de estudante; V – na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro; VI – na condição de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira; VII – na condição de ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa. Os prazos de estada no Brasil para os titulares de visto temporário, previstos de fora genérica no parágrafo único do art. 14, da Lei n. 6.815 de 19-08-1980 (Estatuto do Estrangeiro) estão definidos no art. 25 do Dec. N. 86.715 de 10-12-1981 (Checar): I – no caso de viagem cultural ou missão de estudos, até dois anos; II – no caso de viagem de negócios, até noventa dias; (...) V – para cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro, até dois anos; (...)".

[677] Ibid., pg. 105. Mesmo assim, em muitas ocasiões as empresas conseguem desviar deste procedimento. Como é mais fácil tirar o visto para turista, que pode dar direito à permanência de até 180 dias dentro do período de um ano, algumas empresas optam por enviar seus funcionários como turistas, para saltar grande parte dos trâmites burocráticos que envolvem a expedição do visto temporário. Entretanto, esta via aparentemente mais simples é proibida pela lei brasileira e pode acarretar problemas ao trabalhador estrangeiro e à empresa contratante. Por isso, há quem defenda que a simplificação do processo de entrada no país para viagens de negócios ou prestações de serviços rápidas poderia auxiliar no combate a esta prática tão comum, pois são muitas as exigências do visto temporário para uma viagem rápida.
Fonte de pesquisa http://www2.uol.com.br/canalexecutivo/notas05/180720053.htm. Data da pesquisa: 18-09-05. Nesta direção, o Projeto de lei sobre o novo "Estatuto do Estrangeiro" procura sanar algumas defasagens da legislação atual. Na Seção I – Do Visto de Turismo e Negócios –, no artigo 8º, prevê que "o visto de turismo e negócios poderá ser concedido ao estrangeiro que venha ao Brasil em caráter recreativo, de visita ou de negócios, inclusive com finalidade acadêmica". Podendo ser estabelecida a dispensa recíproca de visto de turismo e negócios, que observará o prazo de estada fixado nesta lei (§ 1º e § 2º), mediante acordo internacional ou portaria do Ministério das Relações Exteriores. Segundo o artigo 9º deste projeto de lei, "o prazo de validade do visto de turismo e negócios será de até cinco anos, fixado por portaria do Ministério das Relações Exteriores, dentro do critério de reciprocidade, e proporcionará múltiplas entradas no País, com estadas não excedentes a noventa dias, prorrogáveis por igual período, totalizando o máximo de cento e oitenta dias por ano". Por sua vez, o artigo 10 determina que "o visto de turismo e negócios não admite o exercício de atividade remunerada no Brasil ou vínculo empregatício, ressalvado o pagamento de ajuda de custo, diárias, despesas de viagem ou pro labore". Fonte de pesquisa: http://www.mj.gov.br/Estrangeiros/consultas/consulta01_05.htm. Data da pesquisa: 18-09-05

[678] Yussef Said Cahali, "Estatuto do Estrangeiro", pg. 105.

O governo brasileiro vem flexibilizando algumas exigências para a concessão de vistos permanentes, especialmente no caso de investidores estrangeiros que queiram abrir negócios no Brasil; até pouco tempo se exigia a comprovação de investimento mínimo no país equivalente a US$ 200 mil para concessão de visto permanente a investidores pessoas físicas, mas uma resolução[679] editada em outubro de 2004 reduziu esse valor para US$ 50 mil[680].

Com base nessas diretrizes, há quem sustente que o interesse do governo brasileiro não é propriamente limitar a entrada de trabalhadores estrangeiros no Brasil, mas sim garantir plenas condições para as empresas estrangeiras se instalarem ou ampliarem suas instalações no território nacional[681].

No entanto, há que considerar que a Consolidação das Leis do Trabalho,[682] no artigo 352 da CLT, impõe às empresas aqui localizadas uma contratação

---

[679] Ao sancionar a Resolução Normativa (RN) n° 60 de 06 de outubro de 2004, "o governo brasileiro pretende principalmente estimular a criação de empregos, que disciplina a concessão de autorização de trabalho para fins de obtenção de visto permanente para o investidor estrangeiro como pessoa física. No seu Artigo 1º § 2º dispõe que a concessão do visto ao estrangeiro ficará condicionada à comprovação de investimento, em moeda estrangeira, em montante igual ou superior, a US$ 50.000, em vez de US$ 200.000 como era exigido anteriormente. Essa modificação constitui uma facilitação notável para os investimentos estrangeiros, de maneira que este valor inferior alcance um público-alvo de investidores bem mais amplo. Vale acrescentar que existe excepcionalmente a possibilidade de se obter um visto permanente mesmo que o montante do investimento seja inferior a US$ 50.000. Neste caso, o Artigo 2º § 2º prevê que a concessão do visto requer a comprovação perante ás autoridade de imigração da criação de 10 novos empregos em um período de 5 anos, mediante a apresentação de plano de absorção de mão-de-obra brasileira". Fonte de Pesquisa: http://www.ahk.org.br/upload_arq/Veirano%20Advogados%20-%20Imigra%C3%A7%C3%A3o%20-%2009.09.05%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf#search=%22investidor%20estrangeiro%20pessoa%20fisica%22 . Data da Pesquisa: 10-08-06.

[680] Fonte de pesquisa http://www2.uol.com.br/canalexecutivo/notas05/180720053.htm. Data da pesquisa: 18-09-05. Neste sentido, o Estatuto do Estrangeiro prescreve que a imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os seus aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos (art. 16, parágrafo único). (pg. 116)

[681] Carlos Eduardo Soares de Freitas, "Precarização do trabalho e estrangeiros no Brasil em um contexto neoliberal". Fonte de pesquisa: http://www.pt.org.br/assessor/vrnova.htm. Data da pesquisa: 27-09-05.

[682] Ver – CLT – Título III – Das normas especiais de tutela do trabalho – Capítulo II – Da nacionalização do trabalho – Seção I – Da proporcionalidade de empregados brasileiros – arts. 352 a 358.

proporcional entre nacionais e estrangeiros, sendo, portanto, obrigatória a contratação de dois terços de nacionais[683].

Desta forma, a legislação brasileira não deixa de prever mecanismos de proteção ao trabalhador nacional. Proíbe, ainda, que o empregador coloque o trabalhador nacional em nível inferior, quando existam condições semelhantes entre eles. Exige também uma fiscalização sobre a legalidade da permanência do estrangeiro no País, mediante a posse e uso do documento de identidade do estrangeiro devidamente anotado (CLT, art. 359; Estatuto, arts. 30, 102 e 103). Determina, ainda, que "nos casos de falta ou cessação de serviço, a dispensa do estrangeiro deve proceder à de brasileiro que exerce função análoga" (CLT, art. 358)[684].

A despeito de todas estas normativas protetoras do trabalhador nacional, o que se verifica na prática é a entrada de inúmeros trabalhadores estrangeiros legais e ilegais, pouco qualificados, que contribuem ainda mais para a desestruturação do mercado de trabalho brasileiro e, conseqüentemente, para o aumento do desemprego[685].

O aumento do número de profissionais estrangeiros de nível superior tem sido objeto de preocupação dos conselhos profissionais, gerando ações concretas contra a atuação dos mesmos, como por exemplo, as realizadas pelo Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura do Rio de Janeiro (CREA-RJ) que, ao identificar vários engenheiros estrangeiros em empresas multinacionais e em

---

[683] Yussef Said Cahali, "Estatuto do Estrangeiro", pg. 445.
[684] Ibid., mesma página.
[685] Carlos Eduardo Soares de Freitas, "Precarização do trabalho e estrangeiros no Brasil em um contexto neoliberal". Fonte de pesquisa: http://www.pt.org.br/assessor/vrnova.htm. Data da pesquisa: 27-09-05.

recém-privatizadas, requereu junto ao Ministério Público do Trabalho providências judiciais a fim de impedir sua atuação profissional, sob a alegação de que apenas podem trabalhar no país os profissionais inscritos regularmente junto aos respectivos conselhos[686].

O CREA-RJ esclarece que a ação não se limita ao cumprimento da lei, mas a assegurar que postos eventualmente criados pelas empresas estrangeiras sejam ocupados por engenheiros brasileiros. Haveria, segundo o órgão carioca, 25,5% de profissionais desempregados no Estado do Rio de Janeiro, o que justificaria o aproveitamento destes nas empresas estrangeiras[687].

Por esta razão, nos moldes do direito espanhol, poderia se sustentar a negativa de visto de trabalho a estrangeiros em atividades que apresentem alta taxa de desemprego, como medida de proteção ao mercado de trabalho brasileiro e, conseqüentemente, do direito ao trabalho dos nacionais ou a eles equiparados.

Esta questão nos leva à análise dos acordos internacionais firmados pelo Brasil, especialmente, no contexto do Mercosul (Brasil e Argentina e Brasil e Bolívia). A título ilustrativo, faz-se referência ao Tratado de São Borja, regulamentado pelo Decreto 3.435, de 25 de abril de 2000. Por meio deste Tratado ficou estabelecido que os cidadãos argentinos não precisam de visto de trabalho se sua missão no Brasil não ultrapassar 180 dias por ano[688].

Um outro exemplo, que suscitou polêmica, foi o Acordo sobre Regularização Migratória, em vigor desde o dia 15-09-05, que visa promover a

---

[686] Carlos Eduardo Soares de Freitas, “Precarização do trabalho e estrangeiros no Brasil em um contexto neoliberal”. Fonte de pesquisa: http://www.pt.org.br/assessor/vrnova.htm. Data da pesquisa: 27-09-05.
[687] Carlos Eduardo Soares de Freitas, “Precarização do trabalho e estrangeiros no Brasil em um contexto neoliberal”. Fonte de pesquisa: http://www.pt.org.br/assessor/vrnova.htm. Data da pesquisa: 27-09-05.
[688] Camila Tsu, “Aspectos Imigratórios e Legais do Trabalho de Estrangeiros no Brasil”. Fonte de pesquisa: www.swisscam.com.br/files_legais/Emdoc.pps. Data da pesquisa: 18-09-05.

integração socioeconômica dos brasileiros e bolivianos[689]. O referido Acordo pretende regularizar a situação dos cidadãos de ambos os países, com suas respectivas famílias, que imigraram até o dia 15 de agosto de 2005 e se encontram em situação irregular. Neste sentido, visa solucionar a situação precária dos bolivianos (entre 10 a 30 mil) que trabalham ilegalmente, em regime semelhante à escravidão, principalmente no setor de confecções, na cidade de São Paulo.Os imigrantes regularizados terão os mesmos direitos e estarão sujeitos às mesmas obrigações e proteções de natureza trabalhista em vigor para os trabalhadores nacionais do Estado receptor. [690]

Um último exemplo quanto aos Tratados firmados pelo Brasil consiste no "Tratado da Amizade", firmado entre Portugal e Brasil. Este instrumento cuida "da denominada igualdade de direitos e obrigações civis e gozo de direitos políticos entre brasileiros, em Portugal, e portugueses, no Brasil", sem a perda da correspondente nacionalidade[691].

De todas as formas, "a reivindicação do exercício de tais direitos, tanto em Portugal como no Brasil, parte de uma condição inafastável, qual seja, a verificação da permanência definitiva no território nacional, *status* esse que

---

[689] Fonte de pesquisa: http://www.mte.gov.br/Noticias/Conteudo/9266.asp. Data da pesquisa: 20-09-05. O acordo foi assinado pelos Ministérios das Relações Exteriores do Brasil e da Bolívia, com a participação do Ministério do Trabalho e Emprego por meio do Conselho Nacional de Imigração.

[690] Fonte de pesquisa: http://www.mte.gov.br/Noticias/Conteudo/9266.asp. Data da pesquisa: 20-09-05. O prazo para solicitar a regularização é de 180 dias após a assinatura do acordo, ou seja, até 15 de fevereiro de 2006. Após feito o pedido de regularização, já em posse do protocolo, o estrangeiro estará em situação regular até a análise final do processo pelo Ministério da Justiça. O MTE, em parceria com especialistas da UnB, membros da Delegacia Regional do Trabalho de São Paulo, e com o apoio da Federação dos Bolivianos de São Paulo, elaborou o Guia de Promoção de Trabalho Decente aos Estrangeiros, produzido em Português e Espanhol. Traz também dicas de proteção contra incêndio e de saúde. Além disso, orienta sobre procedimentos de segurança pública e oferece endereços e telefones de órgãos públicos como DRT's, postos de saúde, Polícia Militar, e Disque-Denúncia, entre outros. Está sendo organizado pelo MTE e pela Pastoral do Imigrante um seminário, na DRT/SP, dirigido a coreanos e bolivianos, donos de oficinas de tecido. Tem como finalidade instruí-los sobre direitos trabalhistas e previdenciários, normas de segurança e saúde no trabalho, procedimentos para constituição de empresa e obrigações legais.

[691] Francisco Xavier da Silva Guimarães, "Nacionalidade – Aquisição, Perda e Reaquisição", pg. 94.

somente será alcançado mediante prévia satisfação das regras de imigração aos estrangeiros que pretendem radicar-se no país”[692].

Assim, voltando à questão anteriormente levantada, se se pode sustentar a aplicação do princípio de prioridade do mercado nacional no Brasil como forma de se proteger o direito ao trabalho dos nacionais, entende-se que este direito, tanto em sua vertente individual[693] como na coletiva, deve ser estendido tão somente aos estrangeiros que se encontrem legalmente no território e desde que atendidas as normas de proteção ao trabalhador nacional citadas acima. Obviamente, inserem-se neste contexto os casos regulados por Tratados Internacionais que amparam a igualdade no acesso ao emprego.

O contínuo deslocamento de indivíduos, determinado por fatores sociais, religiosos, políticos e principalmente econômicos, exige uma disciplina jurídica adequada de composição dos limites entre a possibilidade de acesso do imigrantes e preservação dos interesses nacionais por parte dos países que os acolhem, daí porque dois princípios devem ser considerados na aplicação desta matéria: a admissão do *ius communicationis* e o direito do Estado de regulamentar a imigração no seu território[694].

---

[692] Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Nacionalidade – Aquisição, Perda e Reaquisição”, pg. 95.

[693] Aqui devemos lembrar que uma vez reconhecida a relação de trabalho, os direitos trabalhistas serão os mesmos para os nacionais e estrangeiros.

[694] Yussef Said Cahali. “Estatuto do Estrangeiro”, pg. 71. “A Declaração Universal dos Direitos do Homem enuncia em seu artigo XIII, n. 2, que ‘todo homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar’, a Convenção Interamericana sobre a condição dos estrangeiros (Havana, 1928) estipula em seu art. 1o que “os Estados têm o direito de estabelecer, por meio de leis, as condições de entrada e residência dos estrangeiros nos seus territórios”, reafirmando-se na Conferência Interamericana de Consolidação da Paz (Buenos Aires,1936) que cada Estado possui a mais larga faculdade para legislar em matéria de emigração e imigração” .

Assim, se por um lado se recomenda a admissão de estrangeiros em determinado país por questões de solidariedade universal, por outro a soberania do Estado autoriza o estabelecimento das condições de admissibilidade de um estrangeiro em seu território[695].

Como destaca Gilda Russomano, quando "admitido, legalmente, em certo Estado, o estrangeiro tem, em princípio, o direito de trabalhar, mas a maioria dos países, inclusive o Brasil, estipula certas regras que visam à proteção e defesa do operariado nacional, tais como a proibição, ao empregador, de admitir um número exagerado de estrangeiros em sua empresa"[696].

Por fim, cabe apontar as procedentes observações de Joseph Chamie, diretor da divisão de população do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas (ONU): "enquanto durarem as desigualdades econômicas dos países, os fluxos de migração continuarão aumentando, apesar das políticas restritivas dos governos"[697]. Daí o destaque que deve ser dado ao "Protocolo contra o tráfico por terra, mar e ar de imigrantes", elaborado pela ONU com entrada em vigor em 28 de janeiro de 2004[698].

Segundo dados da própria organização, o fluxo de imigrantes em nível mundial é de dois milhões de pessoas por ano, enquanto que o número total de

---

[695] Ibid., São Paulo: Saraiva, 1983, pg. 72.

[696] Apud Yussef Said Cahali, "Estatuto do Estrangeiro", pg. 445. Em sentido contrário, Sergio Pinto Martins, "Direito do Trabalho", pg. 441, entende que em decorrência "do art. 5º da Constituição já se verifica que não pode haver discriminação entre brasileiros e estrangeiros, que são, portanto, iguais, sem nenhuma distinção, salvo as existentes na própria Lei Magna. Nesse ponto, entendemos discriminatório e revogado o art. 354 da CLT quando estabelece que nas empresas deverá haver uma proporção de 2/3 de brasileiros para 1/3 de estrangeiros".

[697] Fonte de pesquisa: http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,,OI261614-EI318,00.html. Data da pesquisa: 29-09-05.

[698] Fonte de pesquisa: http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,,OI261614-EI318,00.html. Data da pesquisa: 29-09-05.

pessoas que emigrou é de 175 milhões e a entrada em vigor do referido protocolo poderá ajudar na luta contra o crime organizado e outras atividades ilegais que movimentam grandes quantidades de dinheiro, pois os países membros se comprometem a cooperar na luta contra o tráfico de imigrantes, além do crime organizado[699]. Para isso, estes países devem considerar em sua legislação o tráfico de imigrantes como crime[700].

Ante todas as ponderações aqui realizadas, é possível afirmar que a migração descontrolada pode afetar concretamente o direito ao trabalho dos nacionais de um país. Nesta medida, cabe-nos verificar os sujeitos passivos do direito ao trabalho.

IV.7.2. Sujeitos passivos

As variáveis que envolvem este tema foram tratadas com bastante atenção no Capítulo I, especialmente no item I.9, quando se abordou sobre os efeitos verticais e horizontais dos direitos fundamentais. Nestes casos, estava se discutindo sobre os efeitos destes direitos nas relações que envolvem o Estado e seus cidadãos e nas relações entre particulares[701].

Ainda assim, quando nos concentramos na análise dos sujeitos passivos do direito ao trabalho, também se verifica uma contraposição entre posturas

---

[699] Fonte de pesquisa: http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,,OI261614-EI318,00.html. Data da pesquisa: 29-09-05.

[700] Fonte de pesquisa: http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,,OI261614-EI318,00.html. Data da pesquisa: 29-09-05.

[701] Para se fazer menção às relações que não sejam entre o Estado e seus cidadãos, encontramos na doutrina as expressões “relações interindividuais”, “relações entre particulares”, “relações interprivados”. Neste trabalho, faremos uso daquelas com maior “amplitude”, ou seja, que abarcam em seu contexto os diversos tipos de interesses que as relações que não envolvam o Estado podem compreender: “as relações entre particulares” ou relações interprivados”. Nesta direção, vide Virgílio Afonso da Silva, “A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares”, pg. 54.

reducionistas, que limitam o elenco de possíveis sujeitos passivos a um - o Estado, frente a posições ampliadoras, que defendem a inclusão de todos os órgãos estatais e também de sujeitos privados.

Como se viu, o direito ao trabalho assume a estrutura de um princípio no texto constitucional de 1988, ou seja, apresenta-se como um mandamento de otimização, que impõe "direitos e deveres *prima facie*", exigindo, assim, a sua realização segundo as possibilidades fáticas e juridicamente previstas naquele caso concreto.

Diante disso, o reconhecimento constitucional do direito ao trabalho gera uma série de obrigações. Mas, ainda assim, é preciso distinguir os seus campos de aplicação para se averiguar quais são exatamente estas obrigações e a quem são destinadas. Isto significa avaliar separadamente as duas dimensões do direito ao trabalho.

Na vertente coletiva do direito ao trabalho, que se circunscreve às relações entre o Estado e seus cidadãos, a Constituição de 1988 não demarcou com clareza os sujeitos passivos dos direitos fundamentais, como o fez a Constituição alemã (seguida pela Constituição Espanhola)[702]. Entretanto, a **vinculação direta** dos poderes públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, aos direitos fundamentais se dá em função do disposto no § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988[703].

---

[702] LEY FUNDAMENTAL PARA LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA, de 23 de MAYO de 1949. "Art. 1.3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable". Fonte de Pesquisa: www.constitucion.es/otras_constituciones/ . Data da Pesquisa: 24-07-04.

[703] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pgs. 68, 69 e 70.

Visto que o direito ao trabalho foi elevado à categoria de fundamental no referido texto, ele impõe ao poder legislativo obrigações tanto de caráter negativo - não derrogar normas já existentes dirigidas a provocar ou facilitar ocasiões de trabalho sem substituí-las por outras similares - como positivo - orientar as intervenções prescritas na Constituição até o objetivo do máximo emprego[704].

No que se refere à Administração, no tocante ao direito ao trabalho, o exercício de sua autoridade regulamentar e executiva se orienta em favor da ocupação e, nesta medida, também se submete à obrigação de implementar políticas eficazes de criação de postos de trabalho.

E, por último, em relação ao poder judiciário, obrigaria a interpretar as normas segundo o sentido mais favorável para satisfazer a pretensão ao trabalho, ou seja, a dar prioridade ao interesse relativo à exigência do trabalho e a não aplicar as normas contrárias ao direito constitucional. Além disso, não pode se furtar à tutela judicial das políticas públicas.

Em sua vertente individual, aceita-se a sua vinculação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito ao trabalho.

Em diversos países, tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é aceita sem grandes

---

[704] Um exemplo de legislação que teve como pano de fundo a criação de mais emprego foi a Lei do Município de São Paulo N. 13.498, a "Lei das Filas". O objetivo principal é controlar a demora do atendimento bancário em 15 minutos. A instituição infratora está sujeita a multa, que será dobrada em caso de reincidência. Mas, hipoteticamente, para o cumprimento deste tempo de atendimento, os bancos deverão contratar mais funcionários. Não é por outra razão que o Sindicato dos Bancários de São Paulo, Osasco e Região defende a ampliação do horário de atendimento bancário, com a criação de dois turnos e a contratação de 40 mil funcionários em São Paulo. In Grana Agora, "Limites de filas nos bancos vale amanhã", 28-09-05, quarta feira, pg. A-9.

problemas. Contudo, "a discussão tem se concentrado na **forma** como estes direitos interferem na autonomia privada", **se direta ou indiretamente**[705].

Na doutrina espanhola existe genérica aceitação quanto à limitação do esboço da Drittwirkung aos direitos reconhecidos nos artigos 14 a 29 e 30.2 CE, ou seja, os tutelados através do recurso de amparo, de tal maneira que os direitos econômicos e sociais estariam expulsos de dito âmbito[706].

Assim, sob o argumento de que estes direitos possuem intenso conteúdo "prestacional", ou que grande parte configuram normas programáticas, dirigiriam exclusivamente aos poderes públicos, essencialmente, ao legislador[707].

Entretanto, tendo em vista que "alguns destes direitos sociais somente adquirem sua verdadeira dimensão nas relações entre particulares - como ocorre com a grande maioria dos direitos sócio-trabalhistas, paradigmaticamente, os contidos no artigo 35.1 CE" há uma recusa quanto à negação da eficácia múltipla ou *erga omnes* dos mesmos[708].

Especificamente quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, já se viu que (i) a Constituição Federal de 1988 prevê "uma série de outros direitos fundamentais (sociais, econômicos, dos trabalhadores etc.), cuja razão de ser se encontra muito mais nas relações entre particulares do que na relação Estado-indivíduo"[709], e (ii) ela tampouco possui qualquer dispositivo que vincule

---

[705] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 20 e 21.
[706] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 123.
[707] Ibid., pg. 123.
[708] Ibid., pg. 123.
[709] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 139. Isto, obviamente, não significa dizer que estes últimos direitos seriam aplicáveis tão somente nas relações entre particulares, enquanto que os direitos previstos no art. 5º da Constituição permaneceriam restritos à relação Estado-indivíduo.

expressamente apenas os poderes estatais às normas de direitos fundamentais, como se passa nos textos constitucionais alemão e espanhol[710].

O direito ao trabalho em sua vertente individual se estende sobre toda a relação de trabalho e, nesta medida, impõe obrigações aos particulares, notadamente a todos aqueles que contratam trabalhadores. Seus efeitos serão sentidos em grande medida, indiretamente, via legislação infraconstitucional, mas nada impede que na ausência ou ineficiência destas mediações legislativas ele seja aplicado diretamente com base nos preceitos constitucionais já analisados.

Assim, conclusivamente, pode-se afirmar que o direito ao trabalho é endereçado aos Poderes Públicos, seja ao legislador (quando necessita de concreção legislativa), seja ao administrador (para a implementação de políticas públicas de trabalho e emprego), seja aos juízes (quando apreciam as demandas que visam garantir a sua aplicação), bem como aos particulares, sobretudo no âmbito social-trabalhista.

Feitas estas observações, cabe agora analisar uma última questão acerca do direito ao trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de saber se este direito foi petrificado pelo art. 60, § 4º, inciso IV.

---

[710] Virgílio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 140. Nas palavras do autor: "não há nada no texto constitucional brasileiro que forneça indícios nesse sentido e que exigisse, por conseqüência, um recurso a uma ordem de valores para extrapolar uma limitação constitucional textual", conforme os textos ora referidos. Vicente Paulo, (org.) Juliana Maia. "Aulas de Direito Constitucional", pg. 110. No constitucionalismo contemporâneo o entendimento é de que os direitos fundamentais obrigam, também, as relações entre particulares, assim, "não podem os particulares, com amparo no princípio da autonomia da vontade (que rege a celebração dos negócios privados) afastar livremente os direitos fundamentais".

IV. 8. Uma interpretação do artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição de 1988

O sistema de Constituições rígidas imprime uma relativa imutabilidade do texto constitucional, a saber, uma certa estabilidade ou permanência que traduz, até certo ponto, o grau de certeza e solidez jurídica das instituições em um determinado ordenamento jurídico[711].

No ordenamento jurídico brasileiro, essa rigidez se materializa na forma de discussão e votação da emenda à Constituição em cada Casa do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), que ocorre em dois turnos. A aprovação da proposta se dá tão somente se se alcançar três quintos dos votos dos membros dos dois colégios[712].

O poder de reforma constitucional é exercitado pelo poder constituinte derivado, que se submete a um quadro de limitações explícitas e implícitas decorrentes da Constituição. A Emenda é o caminho normal que a Constituição estabelece para a introdução de novas normas em seu texto, sendo considerada o meio apropriado para adequar a ordem superior à realidade e, conseqüentemente, às exigências revisionistas que se manifestam[713].

As limitações explícitas (ou expressas) estão previstas na Constituição para impedir a quebra de princípios básicos, retirando-os do alcance do poder

---

[711] Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pg. 173.

[712] Ibid., pg. 184. A pretensão à imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII; que visualizavam a lei como um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades e gerações, no entanto, a adoção desta tese seria um obstáculo à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises.

[713] Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pg. 175 e 184. Segundo o autor, a Emenda goza perante os demais diplomas legislativos, da rigidez do § 2º do art. 60; unicamente ela pode introduzir mudanças ou variações na Constituição.

constituinte derivado[714]. Essas limitações podem ser temporárias, circunstanciais e materiais.

Quanto às limitações temporárias, não é raro depararmos com um texto constitucional que limita no tempo a ação reformista, paralisando o órgão revisor até o transcurso de um certo número de anos[715]. Já as limitações circunstanciais são aquelas que se prendem a determinadas circunstâncias históricas e excepcionais na vida de um País, que torna o empreendimento de qualquer reforma constitucional ilegítimo[716].

Por sua vez, as limitações materiais procuram alcançar o objeto da reforma. É neste sentido que várias Constituições fazem imutável uma determinada matéria de seu conteúdo[717], como por exemplo, o § 4º do art. 60 da Constituição de 1988[718]:

"Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta (...). § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais".

As limitações tácitas são decorrentes dos princípios e do *espírito da Constituição*[719]; dizem respeito à extensão da reforma, à modificação do processo

---

[714] Ibid., pg. 175.
[715] Ibid., pg. 175.
[716] Ibid., pg. 176.
[717] Ibid., pg. 177. As Constituições brasileiras, desde 1891, por exemplo, interditavam toda a reforma constitucional que viesse a abolir a forma republicana de governo ou a forma federativa de Estado. Na Constituição vigente retirou, porém, do âmbito de sua cláusula pétrea, a forma republicana.
[718] Ibid., mesma página. Segundo Paulo Bonavides, a questão se centra na distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado. O primeiro, entendido como um poder político fora da Constituição e acima desta, de exercício excepcional, reservado a horas cruciais no destino de cada povo ou na vida das instituições . O segundo, como poder jurídico, de exercício normal, achando-se contido juridicamente na Constituição e sendo de natureza limitada. Não poderá sobrepor-se assim ao texto constitucional.
[719]Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional", pg. 178.

de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário[720].

Algumas reformas parciais podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces de todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, a quebra de todo o espírito que anima a ordem constitucional. Trata-se, em verdade, de reformas totais feitas por meio de reformas parciais[721].

Neste sentido, em função do regime jurídico de proteção especial característico dos direitos fundamentais, uma questão que tem gerado muitas discussões no sistema constitucional brasileiro diz respeito à análise do inciso IV, do § 4º, do artigo 60 da constituição Federal de 1988, pois ali a expressão utilizada foi "*direitos e garantias individuais*"[722].

Alguns doutrinadores expõem, com base no Título II (*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*) e suas subdivisões (*Capítulos I a V*), no artigo 60º, § 4º, inciso IV, e no § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico constitucional os *direitos fundamentais* foram elevados à condição de "Cláusulas Pétreas". Manoel Gonçalves Ferreira Filho se manifesta nesta direção:

---

[720] Ibid., mesma página.

[721] Ibid., pg. 179. Essas espécies de revisão devem ser obstadas, pois ainda que sejam parciais quanto à forma, pelo critério material derrogam a Constituição através da alteração de seus conteúdos e princípios estruturais. Os exemplos históricos dessa prática abusiva de violação da Constituição são freqüentes.

[722] Aqui está o cerne da divergência: o constituinte, no inciso IV, do § 4O, do artigo 60 da constituição Federal de 1988, quando utilizou a expressão "direitos e garantias individuais", se referiu a toda a categoria direitos fundamentais ou somente aos direitos individuais? Para alguns autores, a expressão "Direitos e Garantias fundamentais" figura como gênero, dos quais, os demais Capítulos são as espécies. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Jr. ressaltam que a problemática: se os "direitos individuais, como espécies dos direitos fundamentais, foram erigidos em limites materiais à própria competência reformadora, conforme enunciado no artigo 60, § 4o, do inciso IV, da Constituição de 1988", não foi pacificada pela doutrina e jurisprudência pátrias.

> "... A Lei Magna em vigor, como se sabe, ampliou sobremaneira o campo coberto pelas 'cláusulas pétreas'. Enquanto o direito anterior apenas excluía do alcance do poder constituinte derivado a abolição da Federação e da República, o art. 60, § 4º, da Carta de 1988 dispõe: 'Art. 60. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I. a forma federativa de Estado; II. O voto direto, secreto, universal e periódico; III. a separação dos Poderes; IV. Os direitos e garantias individuais. 'É certo que o texto proíbe abolir (...). Mas assim mesmo é amplíssimo o campo que cobre, inclusive se se entender, como **parece correto, que os direitos e garantias salvaguardados são os fundamentais e não meramente os individuais...**" [723].

O Supremo Tribunal no ADim n. 939-07/DF também já se manifestou sobre os pontos aqui levantados. Transcreve-se a seguir uma parte do texto, destacando-se o posicionamento de alguns Ministros[724]:

> "... na citada ADim 939-07/DF, o Ministro Carlos Velloso referiu-se aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis, enquanto o Ministro Marco Aurélio afirmou a relação de continência dos

---

[723] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988, V. 2, arts. 44 a 103", pg. 93: "IV - Direitos e Garantias individuais. Direitos e garantias individuais. A limitação do poder pela definição de direitos e garantias fundamentais é assim erigida em ponto intocável pela atual Constituição. Era esta matéria daquelas que autores incluíam entre as limitações implícitas ao poder de emendar (cf. Nelson de Souza Sampaio, O poder de reforma constitucional, cit. p. 39)". Dentre outros, podemos citar Alexandre de Moraes, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Paulo Bonavides, Eduardo Gabriel Saad Apud Arnaldo Sussekind, "Direito Constitucional do Trabalho", p. 252.

[724] Alexandre de Moraes, "Direitos Fundamentais", no item 5.125 - "Rol exemplificativo do art. 5º da Constituição Federal", pg. 100. Esclarece o autor: "(...) decidiu o Supremo Tribunal (...) ao considerar cláusula pétrea e, conseqüentemente, imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária, entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional n. 3, de 193, deparando-se com um obstáculo instransponível, contido no art. 60, § 4o, IV, da Constituição Federal. (...)".

> direitos sociais entre os individuais previstos no art. 60, § 4º, da Constituição Federal".

Em sentido contrário, outros entendem que o referido inciso IV, do § 4º, do artigo 60 não erigiu toda a categoria dos *direitos fundamentais* em limites materiais à competência reformadora. Quando o constituinte utilizou a expressão "*Direitos e Garantias Individuais*" se referiu tão somente aos direitos individuais, previstos no Capítulo I, do Título II, do artigo 5º, incisos I a LXXVII[725].

Mesmo assim, para alcançarmos um denominador comum, devemos lembrar com Manoel Gonçalvez Ferreira Filho "o caráter compósito" de seu texto, que encerra princípios e regras divergentes entre si, quando não contraditórios:

> "Um texto compósito como o da atual Constituição inexoravelmente é deficiente quanto à técnica jurídica. E esta deficiência é um dos traços mais evidentes da Constituição de 1988. (...) Além disso, as composições reclamam, para que as aparências, tão importantes para cada grupo, sejam guardadas, uma redação imprecisa. Sim, para que cada lado veja no texto o que lhe convém"[726].

---

[725] José Cretella Jr., "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", Vol. V, Arts. 38 a 91, pg. 2728: "Os direitos e garantias individuais, mencionados e protegidos por vários instrumentos enumerados no art. 5º da constituição, dificilmente seriam objeto de proposta de emenda constitucional. Por parte de quem? Com que finalidade?". O autor usa a expressão 'direitos e garantias individuais' correlacionando-a, expressamente, ao art. 5º da Constituição Federal, Capítulo I ("Dos Direitos Individuais e Coletivos"), do Título II.

[726] "Comentários à Constituição Federal", "Capítulo Preliminar – A Constituição de 1988 e sua Aplicação", pgs. 1 e 3: E na Constituinte de 1987/1988 não raro essas composições se fizeram pela agregação de propostas entre si opostas, de modo que a primeira parte de um artigo se volta para uma direção, enquanto a segunda para outra, às vezes num ângulo de cento e oitenta graus. (...) Aliás, o mesmo se deu quanto à linguagem, tendo sido inglório o resultado do trabalho de revisão lingüística que, ao final dos trabalhos, apressadamente se realizou.

Assim, podemos concluir que de fato inexiste uma correspondência terminológica entre o inciso IV, do § 4º, do artigo 60, o Título II e seu Capítulo I, mas em decorrência das modernas técnicas de interpretação constitucional, estudadas no Capítulo I, notadamente, os princípios da unidade da Constituição, da máxima efetividade, o sentido de uma norma constitucional não poderá ser determinado isoladamente e, neste sentido, o intérprete deverá sempre compreendê-la segundo os princípios e objetivos fundamentais traçados pelo texto, conciliando o inconciliável.

Como visto, o artigo 1º, inciso III, eleva *a dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos do Estado brasileiro; a sua concretização está necessariamente vinculada ao exercício dos "direitos fundamentais" de um modo geral, eis que estes se apresentam como uma categoria interdependente e complementar; portanto, não podemos deixar de pactuar com aqueles que entendem que o inciso IV, do § 4º, do artigo 60 elegeu toda a categoria **direitos fundamentais à condição de cláusula pétrea**[727].

Assim sendo, como se procurou demonstrar no decorrer deste estudo, pelo fato de o direito ao trabalho ser reconhecido como um direito fundamental no texto constitucional de 1988, podemos concluir que o mesmo também se insere

---

[727] O artigo 4º, inciso II, reafirma este entendimento quando fala sobre a prevalência dos direitos humanos no território nacional; estes, como se sabe, quando positivados se convertem em direitos fundamentais. Jorge Miranda. "Manual de Direito Constitucional", Tomo IV – Direitos Fundamentais, pg. 343, ao cuidar dos limites materiais de revisão constitucional pertinentes a direitos econômicos, sociais e culturais, destaca que "na cláusula expressa de limites materiais da alínea e) do art. 290º da Constituição (Portuguesa) só se incluem direitos dos trabalhadores, mas que, em face do art. 16º, n. 2, os direitos econômicos, sociais e culturais previstos na Declaração Universal podem considerar-se identicamente limites materiais de revisão constitucional, embora implícitos. São estes direitos: o direito à segurança social (arts. 22º e 25º da Declaração Universal), o direito ao trabalho (art. 23º) (...)". Para o autor, "o sentido da elevação de certos direitos econômicos, sociais e culturais a limites materiais de revisão: a) que o conteúdo essencial de cada um deles não pode ser diminuído por revisão constitucional; b) que o regime específico desses direitos, sobretudo no que concerne às suas formas de proteção e garantia, tão pouco pode ser afetado".

no contexto do referido artigo 60, § 4º, inciso IV da CF de 1988, ou seja, foi elevado à condição de Cláusula Pétrea.

Portanto, chegado o momento de finalizar este capítulo podemos concluir que o direito ao trabalho no ordenamento jurídico brasileiro:

(i) é reconhecido como um direito econômico-social fundamental;

(ii) assume a estrutura de um princípio no texto constitucional de 1988, ou seja, apresenta-se como um mandamento de otimização que impõe direitos e deveres *prima facie*, exigindo, assim, a sua realização segundo as possibilidades fáticas e jurídicas previstas em cada caso concreto, nos moldes da teoria sobre regras e princípios desenvolvida por Robert Alexy;

(iii) (iii) a sua análise pode se dar em uma dimensão individual e em uma dimensão coletiva, que têm correlação direta com os distintos campos de aplicação dos direitos fundamentais, ou seja, aquele que envolve o Estado e seus cidadãos e aquele que se centra nas relações entre os particulares;

(iv) em seu âmbito individual aparece circunscrito ao contrato de trabalho e no âmbito coletivo associado ao objetivo do pleno emprego, especialmente às políticas públicas de trabalho e emprego;

(v) pode envolver em suas duas vertentes interesses transindividuais;

Sendo certo que a efetividade é uma conseqüência necessária do regime jurídico de proteção especial que a Constituição concedeu aos direitos fundamentais, o próximo capítulo dedica-se à problemática que envolve a efetivação do direito ao trabalho no ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO V - O DIREITO AO TRABALHO E A PROBLEMÁTICA DE SUA EFETIVAÇÃO[728]

Como visto, o direito ao trabalho é reconhecido no âmbito internacional como um direito universal de todos os seres humanos, e no texto constitucional brasileiro de 1988 como um direito econômico-social fundamental.

De todas as formas, a sua efetivação se insere em um contexto mais amplo, o dos direitos econômicos, sociais e culturais, e, nesta medida, está vinculada a fatores de ordem econômica, social, política e jurídica. Nem por isso, ela deixa de ser uma conseqüência necessária do regime jurídico de proteção especial que a Constituição concedeu aos direitos fundamentais[729].

Segundo as diretrizes traçadas pelo nosso ordenamento, este direito apresenta uma dimensão individual que se conecta ao contrato de trabalho em suas diversas modalidades, e uma dimensão coletiva que fica integrada ao campo da política de pleno emprego, especialmente ao das políticas públicas de trabalho e emprego, podendo envolver, nestas duas vertentes, interesses transindividuais (ou de grupos).

Tais dimensões se conectam com os distintos campos de aplicação dos direitos fundamentais, ou seja, o das relações entre os particulares e o das relações entre o Estado e seus cidadãos. Diante disso, esta análise procura avaliar

---

[728] Na elaboração deste Capítulo foram considerados os seguintes questionamentos: - A efetivação do direito ao trabalho está vinculada a distintos fatores? - É possível se falar em mecanismos políticos e jurídicos que se destinam a efetivar o direito ao trabalho? - As dimensões individual e coletiva do direito ao trabalho envolvem distintos mecanismos de efetivação? - Na vertente individual do direito ao trabalho há uma prevalência de mecanismos jurídicos, eis que ele se vincula ao contrato de trabalho? - Os mecanismos de efetivas na vertente coletiva ficam restritos ao campo da política de pleno emprego? - Na chamada era tecnológica é possível se falar em garantia de emprego? – Qual a relação entre direito ao trabalho e garantia de emprego? - Como se dá a implementação de Políticas Públicas de Trabalho e Emprego no Brasil? - As ações dos poderes públicos quanto à obrigação de implementar políticas públicas de trabalho e emprego estão sujeitas à fiscalização da própria sociedade via Poder Judiciário?

[729] Vide item II.6.

diferentes mecanismos de efetivação, que se ajustam às circunstancias fáticas presentes em cada uma destas dimensões.

Na vertente individual do direito ao trabalho há uma prevalência de mecanismos jurídicos, eis que ele se vincula ao contrato de trabalho. Como já se destacou, o presente estudo se concentra tão somente no contrato de trabalho subordinado, ou seja, no contrato de trabalho firmado entre empregado e empregador.

Já na dimensão coletiva, os mecanismos de efetivação se voltam para o campo das políticas públicas de trabalho e emprego, pois elas podem se mostrar eficientes instrumentos na busca da empregabilidade ou pleno emprego. Mas não se pode afastar a aplicação de mecanismos jurídicos nesta vertente, tendo em vista que a atuação dos poderes públicos não é livre e irrestrita, principalmente quando se trata da concretização de um direito fundamental.

V.1. A efetivação do direito ao trabalho em sua dimensão individual

As clássicas manifestações do direito ao trabalho se vinculam ao contrato de trabalho subordinado e podem se dar em três momentos distintos da relação de emprego: momentos anteriores à formação do contrato, no seu desenvolvimento e na sua extinção.

Vale lembrar que nesta dimensão, o direito ao trabalho sempre se correlacionará com a liberdade de empresa, que, por sua vez, não deixa de se inserir no campo da autonomia privada. Nesta medida, a sua aplicabilidade direta

somente poderá ser sustentada nos casos em que não haja mediações legislativas satisfatórias para as soluções dos litígios[730].

Assim, com base na doutrina e na jurisprudência, passaremos a identificar alguns exemplos concretos em que o direito ao trabalho se faz sentir na relação entre empregado e empregador, cuja aplicação se dará preponderantemente via legislação infraconstitucional, ou seja, indiretamente. Obviamente, também serão apontados alguns dos mecanismos jurídicos utilizados na efetivação do direito ao trabalho em sua dimensão individual.

Esta análise tem um condão meramente exemplificativo e não pretende esgotar todos os campos normativos em que o direito ao trabalho pode se fazer sentir na relação de trabalho. Isto ultrapassaria os objetivos deste capítulo que, ao se centrar na problemática que envolve a sua efetivação, procura demonstrar que o direito ao trabalho não é uma "fórmula fraca e vazia de efetividade"[731] e, nesta mesma medida, deve ser considerado como um "verdadeiro direito"[732].

V.1.1. O direito ao trabalho nos momentos prévios ou constitutivos da relação de emprego

Uma questão amplamente debatida pela doutrina quanto à manifestação do direito ao trabalho nos momentos prévios à formação do contrato, diz respeito à

---

[730] Vide Item I.9.3.

[731] Vide Adela Cortina, "Ciudadanos del Mundo: hacia una teoria de la ciudadania", Apud Vicente de Paulo Barreto, "Reflexões sobre os Direitos Sociais", In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 111.

[732] Vide Andréas Krell, "Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais", em "A Constituição Concretizada", 2000 Apud Vicente de Paulo Barreto, "Reflexões sobre os Direitos Sociais", In Ingo Wolfgang Sarlet (org), "Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado", pg. 112.

reserva legal de postos de trabalho a grupos com maiores dificuldades de inserção no mercado, seja por deficiências físicas ou outros motivos. O que, de fato, corresponde a uma obrigação de contratar[733].

Segundo Robert Alexy, "se se estende o princípio da igualdade tanto à igualdade jurídica como à fática, então, depara-se forçosamente com um paradoxo": "fomentar determinados grupos significa já tratar outros desigualmente". Esta colisão se apresenta mais intensamente em um Estado Social[734].

Como se sabe, este tipo de Estado reconhece "uma série de direitos econômico-sociais que procuram favorecer o princípio de igualdade real dos cidadãos, com a intenção última de contribuir à formação de uma sociedade justa"[735].

As admissões obrigatórias auxiliam aos referidos grupos de trabalhadores, na medida em que lhes restituem a posição de igualdade (material) em relação aos demais demandantes[736].

---

[733] Antonio Martín Valverde, "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978", en AA.VV., "Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución", pg. 201, destaca que a reserva legal de postos de trabalho para grupos com dificuldade de inserção no mercado faz parte de uma estratégia de política de emprego, que se faz sentir concretamente no âmbito da relação individual de trabalho.

[734] Robert Alexy, "Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático", pg. 70. Segundo o autor, "não é por acaso, que o Tribunal Constitucional Federal alemão "enlaça a idéia da igualdade fática com o princípio do Estado Social".

[735] Pablo Lucas Verdú (Compilador), "Prontuario de Derecho Constitucional", pgs. 159 e 160.

[736] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pgs. 169, 170 e 175. Segundo o autor, a análise das manifestações do direito ao trabalho nos momentos prévios e constitutivos da relação de trabalho, em um primeiro momento passa pelo estudo da contratação obrigatória e da imposição de mão-de-obra (que implica uma intervenção mais drástica e, em muitas ocasiões, leva à declaração de inconstitucionalidade da norma reguladora). Porém, ele centra sua atenção na admissão obrigatória, pois é a única figura que encontra positivação no Direito espanhol. Em um segundo momento, analisa do papel dos serviços públicos de emprego, cuja finalidade é intermediar o encontro das partes no mercado de trabalho (este tipo de serviço vem adquirindo um lugar especial nas políticas de emprego em decorrência do desemprego estrutural que atualmente assola o mundo do trabalho). De todas as formas, a problemática que envolve os serviços públicos de emprego no Brasil não se enquadra perfeitamente no contexto

A jurisprudência comparada confirma o entendimento de que "o princípio de igualdade e o direito ao trabalho fundamentam a figura da reserva de postos de trabalho"[737]. A maioria da doutrina (estrangeira e pátria) também entende que a mencionada reserva se destina a proteger o direito ao trabalho de grupos com maiores dificuldades de inserção no mercado, tratando-se, inclusive, de uma de suas manifestações mais relevantes[738].

Nesta medida, a admissão obrigatória também está conectada ao princípio da não discriminação no emprego, que repercute em toda a relação de trabalho, mas é nos seus momentos prévios (ou constitutivos) que a sua aplicação se torna extremamente necessária[739].

Segundo a Convenção N. 111 da Organização Internacional do Trabalho, em seu artigo 1º, o termo "discriminação" compreende:

---

analisado pelo autor. Este tema será abordado no Capítulo V, quando cuidaremos da problemática que envolve a efetivação do direito ao trabalho.

[737] STC 1a, 269/1994, de 3 outubro do TC espanhol - FJ 4º.

[738] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", na nota de rodapé n. 10, aponta diversos autores italianos que compartilham desta posição, dentre eles: G. Corso, "I diritti sociali nella Constituzione italiana", Riv. Trim. Dir. Pub. (1981), pgs. 764-765; F. Pergolesi, "Principi constituzionali di diritto del lavoro", Rivista di diritto del Lavoro I (1959), pgs. 244-245; U. Prosperetti, "Sul diritto al lavoro", em Problemi di Diritto Del Lavoro, Milano, Giuffrè, 1970, pgs. 39 e ss; L. Galantino, "Formazione giurisprudenziale dei principi del Diritto del Lavoro, Milano, Giuffrè, 1981, pg. 148; Manlio Mazziotti, "Il diritto al lavoro", Milano, Giuffrè, 1956, pgs 331 e ss, também reconhece o possível papel fundamentador do direito ao trabalho. Na doutrina alemã cita W. Däubler, "Recht auf Arbeit verfassungswidrig?", em AA. VV., "Recht auf Arbeit, eine politische Herausforderung, Neuwied und Darmstadt, Luchterhand, 1978, pg. 166; K. Dirschmied, "Das soziale Grundrecht Recht auf Arbeit": AuR9 (1972), pgs. 267-268. Na doutrina espanhola menciona, entre outros, J. A Sagardoy Bengoechea, "Proteccion al empleo de colectivos específicos", em E. Borrajo Dacruz (dir.), "Comentarios a las leyes laborales, t. IV, Madrid, Edersa, 1983, pgs. 476 e ss; M. Rodríguez-Piñero, "Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo", em AA. VV., "Comentarios a las leyes laborales, t. IV, Madrid, Edersa, 1983, pg. 465; J. García Murcia, "La integración laboral Del minusválido: líneas básicas de nuestro ordenamiento", Temas Laborales 7 (1986), pg. 46. No direito brasileiro, existem diversos estudos sobre o tema, dentre eles: Luiz Alberto David Araujo. "A proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de deficiência. Brasília: Coordenadoria Nacional das pessoas portadoras de deficiência, 1994; Guilherme José Purvin de Figueiredo (org). "Direitos da pessoa portadora de deficiência". São Paulo: Max Limonad, 1997; Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. "O Trabalho Protegido do Portador de Deficiência". Suplemento Trabalhista da Revista LTr N. 151/99; Carmen Lúcia Antunes Rocha. "Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, Vol. 131, jul/set., 1996.

[739] Rubens Valtecides Alves, "O Princípio da Não Discriminação no Emprego", pg. 40. Segundo o autor, um dos grandes desafios do Direito do Trabalho é assegurar que sejam observadas todas as condições de igualdade na disputa por um emprego, para que os pretendentes possam concorrer de forma equânime.

> "(a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
> (b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados"[740].

Nesta medida, pode-se concluir que as normas protetoras às atitudes discriminatórias do empregador nos momentos prévios ou constitutivos à relação de trabalho são medidas promocionais de igualdade real e, por esta razão, impõem uma limitação à liberdade de empresa em função do direito ao trabalho. Um dos exemplos mais claros do que se está discutindo é a figura da reserva de postos de trabalho a pessoas portadoras de deficiência.

V.1.1.1. O direito ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência

A Convenção N. 159 da Organização Internacional do Trabalho (complementada pela Recomendação N. 168), em consonância com esta diretriz, destaca a necessidade de se assegurar "a igualdade de oportunidade e tratamento a todas as categorias de pessoas deficientes no que se refere a emprego e integração na comunidade". Afirma, ainda, que "as medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento

[740] Arnaldo Sussekind, "Convenções da OIT", 1994, pg. 224.

entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos" (art. 4º)[741].

No direito italiano, a lei n. 68 de 1999 prefigura um novo modelo para a tutela do direito ao trabalho dos portadores de deficiência, na medida em que compreende, junto ao tradicional instrumento coercitivo, outras medidas alternativas que procuram realizar uma gestão consensual e incentivada da colocação de trabalho desta coletividade através da "inserção direcionada"[742].

Isto indica a preferência do legislador por um modelo "consensual", em vez de "autoritário", da interferência pública nos poderes do empregador. Deste modo, há quem sustente que nesta nova lei o portador de deficiência é o sujeito titular do "direito ao trabalho", enquanto na lei anterior (Lei 482 de 1968) ele era somente objeto da "contratação obrigatória"[743].

A Constituição Espanhola, no seu art. 49, impõe aos poderes públicos o desenvolvimento de ações que visem situar os portadores de deficiência em pé de igualdade com os demais cidadãos e trabalhadores. A Lei 13/1982 de "Integración Social de los Minusválidos" (LISMI) estabelece como finalidade primordial alcançar a integração dos mesmos no sistema ordinário de trabalho e,

---

[741] Arnaldo Sussekind, "Convenções da OIT", 1994, pgs. 365 a 369. A Convenção 159 foi aprovada, em 1983, na 69ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, mas somente entrou em vigor no plano internacional em 20.06.1985. No plano nacional, foi aprovada pelo Decreto Legislativo N. 51, de 25 de agosto de 1989, do Congresso Nacional e ratificada em 18 de maio de 1990, entrando em vigor um ano após (18.05.1991). No artigo 6º, que "todo País Membro, mediante legislação nacional e por outros procedimentos, de conformidade com as condições e experiências nacionais, deverá adotar as medidas necessárias para aplicar os artigos 2, 3, 4 e 5 da presente Convenção".

[742] Maurizio Cinelli; Pasquale Sandulli, "Diritto al lavoro dei disabili: commentario alla legge n. 68 del 1999", pgs. 11 e 18.

[743] Maurizio Cinelli; Pasquale Sandulli, "Diritto al lavoro dei disabili: commentario alla legge n. 68 del 1999", pgs. 11 e 18.

somente no caso em que esta não seja possível, a sua incorporação ao sistema produtivo mediante a fórmula do emprego protegido[744].

No direito brasileiro, existem medidas concretas que procuram garantir a inserção de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho através da admissão obrigatória. Trata-se de uma ação afirmativa (positivamente discriminatória) protetora do direito ao trabalho desta coletividade[745].

Neste último ponto, voltamos ao paradoxo apontado por Alexy. Para se alcançar a "igualdade", há que se buscar a igualdade real e, por isso, a proteção contra a discriminação de trabalhadores portadores de deficiência passa pela "discriminação" dos demais[746].

Os fundamentos constitucionais destas ações advêm de uma interpretação sistemática do texto de 1988[747]. Assim, o artigo 5º, caput, conjugado com os

---

[744] Juan Antonio Sagardoy Bengoechea; L. E. de la Villa Gil, "El derecho al trabajo de los minusválidos", pgs. 18, 19 e 20. Os autores comentam que a LISMI aporta dispositivos para contribuir à aplicação dos direitos constitucionais de 'pleno emprego' e 'ao trabalho', favorecendo a realização de atividades produtivas a cargo dos portadores de deficiência". Assim, as oficinas de emprego estão obrigadas a efetuar um registro de trabalhadores portadores de deficiência demandantes de emprego, e os poderes públicos devem garantir a coordenação entre tais oficinas e as equipes multiprofissionais qualificadoras das deficiências. Estas equipes determinam motivadamente as possibilidades de integração real e a capacidade de trabalho dos portadores de deficiência.

[745] Neste sentido, Sandro Nahmias Melo, "O Direito ao Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência no Brasil e o Princípio Constitucional da Igualdade (Ação Afirmativa)", pg. 87 a 96 e 224, sustenta que as ações afirmativas "constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar a discriminação a determinado grupo social, objetivam acelerar o processo de igualdade, como o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis ou desfavorecidos, entre eles as pessoas portadoras de deficiência".

[746] Para Sandro Nahmias Melo, "O Direito ao Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência no Brasil e o Princípio Constitucional da Igualdade (Ação Afirmativa)", pg. 130: "é impossível cogitar-se em igualdade, no que tange às oportunidades de trabalho para as pessoas portadoras de deficiência sem admitir a existência de práticas discriminatórias (legítimas)".

[747] Rubens Valtecides Alves, "Novas Dimensões da Proteção ao Trabalhador: o "deficiente físico", Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1991, pg. 229, (o trabalho foi publicado pela editora LTr, em 1992, com a denominação "Deficiente físico – Novas dimensões da proteção ao trabalhador). O autor, conjugando o caput artigo 5º com o inciso XIII, deste mesmo artigo, afirma que "um cidadão brasileiro, portador de 'deficiência física', não tem impedimento legal para exercer qualquer trabalho não defeso em lei". Ver também Sandro Nahmias Melo, "O Direito ao Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência no Brasil e o Princípio Constitucional da Igualdade (Ação Afirmativa)", tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Católica de São Paulo, pg. 223 (o trabalho foi publicado pela Editora LTr com o mesmo título em 2004).

artigos 6º e 7º, inciso XXXI, determinam que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à (...) à igualdade". O trabalho é um direito social, sendo proibida "qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência". Devem-se destacar ainda os artigos 3º, inciso IV e 37, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988[748] e a legislação infraconstitucional[749].

Verifica-se, portanto, que a legislação brasileira protege o direito ao trabalho desta coletividade, vinculando tanto o setor público como o privado às admissões obrigatórias dos portadores de deficiência através de cotas.

Mesmo assim, há quem destaque que "a inclusão social das pessoas portadoras de deficiência, através do trabalho, é uma tarefa complexa". Ela abrange a educação, a qualificação, a eliminação de barreiras arquitetônicas e a

---

Nahmias ressalta o papel indispensável do trabalho para a integração da pessoa portadora de deficiência, prevista no artigo 203, IV, da Constituição Federal de 1988.

[748] "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" e "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; (...)".

[749] No âmbito infraconstitucional, faz-se referência à Lei N. 7.853 de 1989, que detalhou os direitos dos portadores de deficiência e criou a Coordenadoria Nacional para a integração das Pessoas Portadoras de Deficiência (CORDE). Em seu artigo 2º, atribuiu ao Poder Público e a seus órgãos o dever de assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive o direito ao trabalho. Já no artigo 3º aponta a Ação Civil Pública como um instrumento jurídico a ser utilizado para garantir o direito ao trabalho aos portadores de deficiência e tipifica criminalmente condutas discriminatórias em relação aos mesmos. Por sua vez, a Lei 8.213 de 1991 estabeleceu, no artigo 93, cotas compulsórias a serem observadas na admissão de pessoas portadoras de deficiência para o setor privado. A dispensa de trabalhador reabilitado ou portador de deficiência habilitado só poderá ocorrer após a contratação de substituto em condição semelhante. A Lei 8.212 de 1991, que instituiu o Plano de Custeio da Previdência Social, no artigo 22, § 4o, incumbiu ao Poder Executivo o estabelecimento "de mecanismos de estímulos às empresas que contratem empregados portadores de deficiência física, sensorial ou mental, com desvio do padrão médio". Por fim, o Decreto N. 3.298 de 1999 cuida de forma minuciosa do trabalho dos portadores de deficiência. Em seu artigo 35 assinala três modalidades de inserção desta coletividade no mercado de trabalho. São elas: (i) colocação competitiva, (ii) colocação seletiva, (iii) promoção do trabalho por conta própria". O §1º do referido artigo autoriza que esta inserção seja intermediada por entidades beneficentes de assistência social nas hipóteses (i) e (ii), que não se confundem com as cotas previstas pela Lei 8.213 de 1991.

adequação do meio ambiente de trabalho, que em princípio não estão contemplados neste sistema. Por esta razão, a adoção de uma política isolada de cotas é insuficiente para garantir o exercício deste direito[750].

V.1.1.2. O direito ao trabalho e o princípio da não discriminação no processo admissional

Como destaca Rubens Valtecides, "no tocante à admissão, impera a subjetividade de critérios ditados por quem oferece o trabalho, tornando quase que impossível a legislação trabalhista prever seus casuísmos, ou seja, a quebra das 'condições de igualdade' nas oportunidades de emprego"[751].

Canotilho e Vital Moreira, com base nas diretrizes da Constituição Portuguesa, que se aplicam perfeitamente ao contexto brasileiro, esclarecem que o direito de "igualdade no acesso a quaisquer cargos, tipos de trabalho ou categorias profissionais (cfr. n. 3/b)" decorre do direito ao trabalho em sua vertente negativa (individual)[752].

Sob tal perspectiva, Martín Valverde lembra que as chamadas listas negras ou similares constituem uma forma corrente de discriminação e, conseqüente-mente, uma ofensa ao direito ao trabalho nos momentos prévios ou constitutivos à relação de emprego (que obviamente se estende a qualquer outra modalidade de trabalho). Nas palavras do autor:

---

[750] Sandro Nahmias Melo, "O Direito ao Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência no Brasil e o Princípio Constitucional da Igualdade (Ação Afirmativa)", pg. 225.
[751] Rubens Valtecides Alves, "Novas Dimensões da Proteção ao Trabalhador: o "deficiente físico", pg. 235.
[752] J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira. "Constituição da República Portuguesa Anotada", pgs. 314-315.

> "Outra incidência do direito ao trabalho, que tampouco pode ser analisada em termos de política de emprego, é a proibição das discriminações na colocação de trabalhadores baseadas em circunstâncias pessoais ou sociais alheias à aptidão para o trabalho. Com efeito, (...) uma conseqüência inevitável do mesmo será a negação ou restrição da faculdade do empresário de recusar, por razões extra-laborais, a contratação de determinados trabalhadores ou grupos de trabalhadores. Esta manifestação antidiscriminatória do direito ao trabalho exerce seus efeitos em uma pluralidade de direções: frente ao empresário - qualificando como contrárias a este direito, práticas do tipo das listas negras ou similares (...)"[753].

No cenário brasileiro, um exemplo que se enquadra no contexto das chamadas "listas negras", consiste na negativa de contratação de pessoas que têm o nome inscrito no SERASA e outros serviços vinculados à proteção de crédito. Mesmo assim, estas ações são de difícil comprovação pelo trabalhador, pois, na maioria das vezes, ocultam-se sob o critério subjetivo de escolha do empregador.

Nesta hipótese, ainda que a Constituição, em seu artigo 7º, inciso XXX[754], e a legislação infraconstitucional[755] não tenham inserido como um dos motivos de discriminação na admissão do emprego, o "econômico-financeiro", é forçoso considerar que a não contratação de empregados que tenham o nome nos serviços

---

[753] Antonio Martín Valverde, "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978", en AA.VV., "Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución", pgs. 202 e 203.

[754] Artigo 7º, inciso XXX, a "proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil".

[755] Vide a Lei 7. 716, de 05-01-89, que tipifica como crime a discriminação quanto à admissão no emprego por motivo de raça ou cor, tanto no serviço público como nas empresas privadas (arts. 3º e 4º). E a Lei 9.029, de 13-04-95, que veda a prática de ato discriminatório e limitativo para efeito do ingresso na relação de emprego ou para sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (art. 1º).

vinculados à proteção de crédito é utilizada corriqueiramente e que se trata de um ato discriminatório e limitativo para efeito de ingresso na relação de emprego.

Como bem destaca Cássio Mesquita Barros Jr.:

> "(...) existirá discriminação somente na medida em que as ações tenham por efeito a anulação ou a alteração da igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego e profissão, ou então, sob outro ângulo, quando constituam obstáculo à promoção dessas igualdades de trato e oportunidade. (...) Cada distinção, exclusão ou preferência deve ser examinada caso a caso, pois muitas vezes as qualificações não se justificam ou não implicam "*per se*", por exemplo, em exclusão, mas podem constituir discriminação às escondidas. A Comissão de Peritos da OIT consagra grande parte de seu trabalho de aplicação da Convenção N. 111 a detectar discriminações não expressas, mas escondidas em formulações com aparência de serem fiéis ao princípio da igualdade[756].

Nesta medida, a solução para tal questionamento adentra ao campo das colisões de direitos fundamentais, notoriamente entre a liberdade de empresa, o direito ao trabalho e o princípio da não discriminação no emprego. Como já se destacou, a decisão de tal litígio deve se dar prioritariamente via mediação legislativa, mas na sua ausência ou quando esta se mostre ineficaz, tais princípios devem ser aplicados diretamente segundo as circunstâncias fáticas e

[756] Cássio Mesquita Barros Jr., "Convenção N. 111 Sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (1958) da Organização Internacional do Trabalho: Normativa Internacional/Nacional", pgs. 18 e 19.

juridicamente previstas em cada caso concreto. Respeitando-se, também, o núcleo essencial dos mesmos[757].

Diante disso, pode-se concluir que o princípio da igualdade real (não discriminação no emprego) e o direito ao trabalho podem impor um tratamento diferenciado ao empregado nos momentos prévios ou constitutivos à relação de emprego. Nesta medida, cuidaremos a seguir de algumas manifestações do direito ao trabalho no decorrer da relação contratual.

V.1.2. O direito ao trabalho no desenvolvimento da relação de emprego

A manifestação mais destacada do direito ao trabalho no desenvolvimento da relação de emprego se traduz no direito à ocupação efetiva do trabalhador, que o autoriza "a exigir que lhe exijam, valha a redundância, a execução dos serviços contratados"[758].

Está se falando do dever do empregador de assegurar que a prestação dos serviços seja efetiva, não bastando o mero pagamento salarial para o cumprimento de sua obrigação contratual. Além disto, o empregador deve proporcionar uma "ocupação adequada" às qualificações do trabalhador, ou seja, que não lhe acarrete prejuízos econômicos e profissionais[759].

---

[757] Vide item I.9.3.

[758] M. Alonso Olea; Maria Emilia Casas Baamonde, "Derecho del Trabajo", pg. 349, Apud Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 183.

[759] Manuel Alvarez Alcolea. "Los derechos individuales en el Estatuto de los Trabajadores", en AAVV., "El desarrollo de la Constitución Española de 1978", pg. 85. O autor utiliza a expressão "ocupação adequada" ao fazer referência à problemática que envolve o exercício de tarefas que correspondem à categoria profissional e especialidades distintas às do empregado. Nestes casos, o trabalhador pode realizar funções de categoria superior ou inferior. No primeiro caso, segundo o ordenamento espanhol, se o exercício dessas funções for por um período superior a seis meses durante um ano, ou oito meses durante dois anos, ele poderá ter direito às diferenças salariais e à sua consolidação na categoria superior se sua ascensão tiver procedência legal ou convencional. No segundo, as tarefas somente poderão se dar

Assim, na medida em que se considera que o trabalho é o principal meio de inserção social e de realização pessoal e material do indivíduo, a fundamentação teórica desta obrigação do empregador aparece vinculada ao direito ao trabalho e à dignidade do trabalhador[760].

Ilustres expoentes da doutrina portuguesa confirmam o entendimento de que o direito do trabalhador a exercer suas atividades decorre do direito ao trabalho, em sua vertente negativa (individual). Sendo, portanto, "proibida a manutenção arbitrária do trabalhador na inactividade (colocação na 'prateleira') ou sua suspensão não justificada nos termos da lei"[761].

Também na doutrina alemã e italiana há quem assinale que o direito ao trabalho fundamenta o direito do trabalhador à ocupação, ou seja, a efetuar os serviços anteriormente pactuados[762].

No ordenamento jurídico espanhol, o direito à ocupação efetiva está reconhecido no artigo 4.2, "a" do Estatuo de los Trabajadores. Javier Matías Prim

---

sob justificativas imprescindíveis ou imprevisíveis, mantendo-se a retribuição e os direitos derivados de sua categoria profissional.
O ordenamento brasileiro será discutido a seguir.

[760] Dentre os que defendem a vinculação do direito à ocupação efetiva com o direito ao trabalho: na doutrina espanhola: Manuel Alvarez Alcolea, "Los derechos individuales en el Estatuto de los Trabajadores", en AAVV., "El desarrollo de la Constitución Española de 1978", pgs. 81 e ss; J. González Velasco. "El control de los decretos legislativos, el despido nulo y el derecho al puesto de trabajo", en AA.VV., "Jornadas sobre Derecho del trabajo y la Constitución" pg. 152 e ss. Há também quem contemple o dever empresarial de ocupação efetiva como um dos mecanismos de proteção da capacidade profissional do trabalhador está Javier Matía Prim. "Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva", en AA.VV., "Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profs. Bayón Chacón y Del Peso y Calvo ofrecidas por los profesores del departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, pgs. 136 e 137.

[761] J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira. "Constituição da República Portuguesa Anotada", pgs. 314-315.

[762] Na doutrina alemã, Lutz Hambusch Bremen. "Die Problematik des Rechts auf Arbeit", Arbeit und Recht, (AuR), 9, September 1972 – 20. Jahrgang, pgs. 268 a 271. O autor explica que o Tribunal do Trabalho do "Reich" não reconheceu o direito à ocupação como conteúdo fundamental do contrato de trabalho, mas chegou a deferi-lo em alguns casos específicos. Finalmente, o Tribunal do Trabalho do Land Bayern reconheceu em sua Sentença de 17.02.54 o direito ao trabalho em seu sentido de um direito à ocupação. Na doutrina italiana, Luigi de Angelis. "Considerazioni sul diritto al lavoro e sulla tutela", Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, 1973, parte prima (I), pgs. 226 e ss; Constantino Mortati. "Il Diritto del Lavoro", Parte I, 1954, pg. 171. Em ambos países não faltam aqueles que negam qualquer relação entre o direito à ocupação efetiva e o direito ao trabalho, como, por exemplo, Frederico Mancini. "Il diritto al lavoro rivisitado", en Política del Diritto, núm. 6, 1973, pg. 739 e Wien Karl Dirschmied. "Das soziale Grundrecht, Recht auf Arbeit", pgs. 257-268.

destaca que o reconhecimento infraconstitucional deste direito, ainda que de forma genérica[763], dispensa uma construção teórica que respalde a sua existência[764]. Mesmo assim, tanto pela doutrina como pela jurisprudência destacam que a base constitucional do direito à ocupação efetiva compreende "a defesa da dignidade pessoal do trabalhador, o direito à promoção através do trabalho e o próprio direito ao trabalho" e, implicitamente, a tutela do exercício profissional[765].

---

[763] Segundo Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pgs. 188 a 192, não obstante o seu reconhecimento, há quem aponte alguns obstáculos quanto à articulação de um direito à ocupação como um direito efetivamente exigível dentro do ordenamento jurídico espanhol. O primeiro problema deriva da estrutura e conteúdo do próprio preceito, pois diferentemente dos demais direitos enunciados no artigo 4.2 ET, não existe um artigo posterior que desenvolva e complemente a genérica menção inicial. Em segundo lugar, parece existirem divergências ou desajustes com outros preceitos do ET que abordam questões conexas como a mora do empresário, a falta de pagamento de salário e readmissão do trabalhador despedido. Quanto à mora do empresário, o art. 30, sob a rubrica "Impossibilidade da prestação", determina que se o trabalhador não puder prestar seus serviços por culpa do empresário, o trabalhador conserva o direito a receber seu salário sem compensação com outro serviço posterior. Para Sastre, não há divergência entre os arts. 4.2 e 30 do ET, pois se tratam de interesses distintos – salário e trabalho – que somente se conectam em uma idêntica ou similar situação de fato. No tocante ao não pagamento de salário conjugado com a falta de ocupação, o autor esclarece tratar-se de uma justificativa tradicional de despedida tácita. E de forma similar a jurisprudência vem entendendo o caso de negativa empresarial quanto ao reingresso ou readmissão, também citados acima.

[764] Javier Matía Prim. "Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva", en AA.VV., "Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profs. Bayón Chacón y Del Peso y Calvo ofrecidas por los profesores del departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid, pg. 141.

[765] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pgs. 183, 186 188, 199, 202, 203 e 207. O autor cita a STS, 4ª, de 13 de março 1991, Ar. 1851, que aprecia: "a inatividade injustificada do trabalhador resulta 'contrária à sua dignidade em uma comunidade que valora o trabalho como elemento essencial de participação y consideração social' (Fmto. 4º)". E a STS, 6ª, de 24 de setembro 1985, Ar 4361: '(...) não destinar a um trabalhador serviço ou atividade alguma supõe, pois, em princípio, e salvo exceções que por o serem confirmam a regra, uma clara ofensa e menosprezo a sua dignidade, cuja gravidade se eleva em progressão geométrica em função do tempo que tal situação transcorra..., porque o trabalho é uma obrigação, porém é ao mesmo tempo um inseparável direito, de acordo com nossa Constituição (art. 35.1) (...)". No seio da doutrina espanhola, alguns autores defendem que o exercício de uma atividade remunerada por aqueles que recebem pensão por aposentadoria é uma ofensa ao direito ao trabalho; outros assinalam que as incompatibilidades impostas aos servidores públicos pelo legislador supõem uma vulneração, restrição ou limitação inconstitucional do direito ao trabalho. Estas questões foram enfrentadas pelo Tribunal Constitucional espanhol que se manifestou sobre a inexistência de ofensa ao direito do trabalho, em ambos os casos. Há quem proponha também que o reconhecimento constitucional do direito ao trabalho e da livre empresa conduza à declaração de inconstitucionalidade de normas que obstaculizem, no âmbito privado, o pluri-emprego ou a pluri-atividade, contudo, para muitos autores, esta é uma questão que está vinculada à liberdade de trabalhar e não ao direito ao trabalho, propriamente dito.

No contexto brasileiro, embora não exista uma norma específica quanto ao direito à ocupação efetiva, o dever do empregador de proporcionar trabalho ao empregado é amplamente reconhecido no campo doutrinário como jurisprudencial.

Délio Maranhão, por exemplo, enumera dentre as obrigações do empregador a de "dar trabalho ao empregado e a de possibilitar a execução normal de sua prestação, proporcionando-lhe os meios adequados para isso"[766].

A jurisprudência, por sua vez, vem coibindo as práticas unilaterais e discriminatórias do empregador que atentam contra a referida obrigação. Neste sentido, O Tribunal Superior do Trabalho (TST) confirmou a decisão proferida em Acórdão Regional:

> "Como visto, o Tribunal Regional, valorando o conjunto fático-probatório e invocando a norma dos artigos 1º, III e IV, e 5º, X, da CF/88, condenou a Reclamada ao pagamento de indenização por dano moral, por reputar caracterizada lesão aos atributos valorativos do Reclamante, consubstanciada na negativa de seu direito de prestar trabalho após a determinação judicial de reintegração no emprego, existindo nexo causal entre a conduta ilícita patronal e a humilhação sofrida pela vítima"[767].

---

[766] Arnaldo Süssekind; Délio Maranhão; Segadas Vianna et al, "Instituições de Direito do Trabalho", pg. 261.

[767] NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR - 1495/2001-008-17-40/PUBLICAÇÃO: DJ - 17/02/2006. PROC. Nº TST-AIRR-1495/2001-008-17-40.6. Fonte de Pesquisa: http://www.tst.gov.br. Data da Pesquisa: 21-03-06. Dentre outros processos que foram julgados pelo TST sobre este tema: NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR - 34960/2002-900-02-00 - PUBLICAÇÃO: DJ - 15/10/2004 - PROC. Nº TST-AIRR-34960/2002-900-02-00.6: (...) Não se cogita, por fim, de contrariedade ao Enunciado nº 212 desta Corte, uma vez que consignado pela Turma julgadora que demonstrado (...) que o reclamante quedou-se inerte quanto à realização de exames físicos e de reciclagem profissional que o habilitariam a participar das competições esportivas organizadas pela Federação Paulista de Futebol, não havendo como se atribuir a culpa pelo término do liame empregatício exclusivamente ao empregador (...), fl. 315. (...)". NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR - 959/2002-046-02-40 - PUBLICAÇÃO: DJ - 05/08/2005 - PROC. Nº TST-AIRR-959/2002-046-02-40.6: "(...) Em suas razões de Revista, o Reclamante afirma que é obrigação patronal dar trabalho ao empregado. Sustenta que a disponibilidade em tela é inconstitucional, pois não permite que trabalhe ou exerça sua função. Entende que a situação "parasitária" em que se encontra violou a sua dignidade. Aduz que a situação acarreta desconforto ante a "comunidade obreira". Diz violados os artigos

No mesmo sentido, a 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) no julgamento de Recurso Ordinário entendeu que:

> "(...) **o empregador além da obrigação de dar trabalho e de possibilitar ao empregado a execução normal da prestação de serviços**, deve ainda respeitar a honra, a reputação, a liberdade, a dignidade, e integridade física e moral de seu empregado, porquanto tratam-se de valores que compõem o patrimônio ideal da pessoa, assim conceituado o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. (...)"[768].

Na primeira instância, uma sentença proferida (10ª Vara do Trabalho de Salvador) julgou:

> "PROCEDENTE a reclamação do empregado, para condenar a empresa e, face à nulidade do ato que o afastou, **proporcionar-lhe trabalho no exercício regular das funções** de Supervisor de Produção sob pena de, não o fazendo, ficar o reclamante desobrigado do comparecimento ao trabalho, sem prejuízo da remuneração, enquanto perdurar a negativa de proporcionar trabalho".

Diante disso, verifica-se que em nosso ordenamento o "direito à ocupação efetiva" adquire concretude através da imposição do cumprimento da obrigação

---

9º e 468 da CLT, 1º, III,IV e 5.º, V, X, e XIII, da Constituição Federal. Traz arestos ao confronto jurisprudencial. Razão não assiste ao Reclamante. Na realidade, constata-se que o Regional, ao decidir a questão, não se afastou da razoabilidade interpretativa emprestada aos dispositivos legais que norteiam a matéria, fato que, por si só, impede o processamento da Revista em razão do disposto na Súmula 221 do col. TST. (...)".

[768] RO: 01925.2002.465.02.00-5 -Recorrente: TRANS EXPO TRANSPORTES LTDA - Recorrido: WALMIR FELIPE DOS SANTOS - Origem: 05ª VT DE SÃO BERNARDO DO CAMPO. "EMENTA: DANO MORAL. TRATAMENTO DEGRADANTE. DIREITO À INDENIZAÇÃO. Ainda que não configure assédio moral, porquanto ausentes o cerco e a discriminação, o caráter continuado das agressões praticadas pela empresa, através de preposto, caracteriza a gestão por injúria, que também importa indenização por dano moral. O fato de o tratamento despótico impor maior ritmo de trabalho e quebrar a capacidade de mobilização dirigida a todos os empregados, sem qualquer distinção, não legitima a tirania patronal, incompatível com a dignidade da pessoa humana, com a valorização do trabalho e a função social da propriedade, asseguradas pela Constituição Federal (art. 1º, III e IV, art.5º, XIII, art. 170, caput e III)".

do empregador de proporcionar trabalho ao empregado pelo Poder Judiciário. De qualquer modo, há que se ponderar acerca de sua conexão com o direito ao trabalho.

Como visto, o direito à ocupação efetiva aparece vinculado ao direito ao trabalho em função do papel que o "trabalho" (gênero de atividade) exerce na inserção social do indivíduo e na promoção de sua realização pessoal e material. Certamente, esta é a diretriz adotada pela Constituição, bem como pela doutrina e jurisprudência pátrias, que invoca os artigos 1º, III e IV[769], e 5º, X[770], deste texto como sustentáculos do direito à ocupação efetiva ou dever do empregador de proporcionar trabalho ao empregado, aos quais devemos acrescentar o artigo 6º[771].

Neste passo, é importante esclarecer que o descumprimento pelo empregador da obrigação de dar trabalho, em muitos casos, tem conexão com determinações judiciais de reintegração no emprego. Como exemplo, leia-se o seguinte acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

> "EMENTA: DIREITO AO TRABALHO. MESMO QUE COM FUNDAMENTO NA AFIRMATIVA DE INCOMPATIBILIDADE GERADA EM DECORRÊNCIA DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DE DIRIGENTE SINDICAL, O EMPREGADOR NÃO PODE

[769] "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)".

[770] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)".

[771] "Art. 6º São direitos sociais (...) o trabalho (...) na forma desta Constituição".

> IMPEDIR O EMPREGADO DE TRABALHAR POR FALTA DE AMPARO LEGAL”[772].

Esta vinculação permite concluir que, em alguns casos concretos, o direito ao trabalho pode manifestar-se em dois momentos distintos da relação individual de trabalho, como, por exemplo, na extinção do contrato, em eventual imposição da obrigação de reintegrar trabalhador estável e, após a reintegração, no desenvolvimento da relação contratual, caso haja descumprimento da obrigação de dar trabalho e de possibilitar a execução normal da prestação de serviços.

Por fim, cabe considerar que o estudo da jurisprudência nacional sobre o dever do empregador de proporcionar trabalho ao empregador, somado ao exame realizado no Capítulo IV acerca da positivação do direito ao trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, autoriza-nos a concluir que entre nós a fundamentação teórica desta obrigação também aparece vinculada ao direito ao trabalho e à dignidade do trabalhador. Passaremos, então, a cuidar de algumas manifestações do direito ao trabalho nos momentos extintivos da relação de emprego.

V.1.3. O direito ao trabalho na extinção da relação de emprego

Dentre as diversas formas de extinção do contrato de trabalho subordinado, a de maior complexidade é aquela que se dá por iniciativa do empregador. Nela se entremeiam “a preocupação do empregado em garantir seu posto de trabalho, cercando-se de meios para não perder o emprego” e a “preocupação do empregador

---

[772] ACÓRDÃO Nº: 02910024231 - PROCESSO Nº: 02890161859 – DATA DE PUBLICAÇÃO: 07/03/1991 - TURMA: 8ª.

em não permitir que lhe seja tolhido o direito de dispor da mão-de-obra, como dos demais componentes da produção”[773].

Neste ponto, também se constata um choque entre o princípio de liberdade de empresa (que, por sua vez, envolve a “teoria do direito potestativo do empresário para dispensar seus empregados”) e o direito ao trabalho como uma possibilidade concreta de se reagir a possíveis arbitrariedades do empregador[774].

Diante disso, grande parte dos estudos sobre o direito ao trabalho destaca a sua correlação com o direito à garantia no emprego, uma vez que a perda do posto de trabalho pode impedir a realização efetiva daquele. Para Juan Rivero Lamas, “tratar das ‘técnicas modernas de garantia do emprego’ é o mesmo que se referir à instrumentalização jurídica, na presente conjuntura histórica, do ‘direito ao trabalho’”, como um bem jurídico protegido no plano constitucional[775].

É preciso lembrar que “a proteção do direito ao trabalho, aliada à teoria institucional da empresa preconizando a integração do trabalhador resultou, já no século XX, na idéia da *estabilidade no emprego*”[776]. Contudo, após o término da

---

[773] Pedro Paulo Teixeira Manus, “Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa – Aspectos do Direito Material e Processual do Trabalho”, pg. 8.

[774] A. Martín Valverde, “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978”, en AA.VV., “Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución”, Madrid: CEC, 1980, pg. 202. Antonio Martín Valverde lembra que uma das “limitações mais clássicas da autonomia empresarial como conseqüência do reconhecimento do direito ao trabalho são as que se referem à exigência de uma causa grave que justifique as despedidas individuais”

[775] Juan Rivero Lamas, “Técnicas modernas de garantía del empleo”, pg. 25. Segundo Enesto Krotoschin, “Notas sobre el llamado derecho al empleo (contribución a la dogmatica del contrato de trabajo), en AAVV. “Estudios en memoria del profesor Don Eugenio Pérez Botija”, pgs. 443-454, no seio desta discussão, insere-se o chamado direito ao emprego (ou propriedade do emprego), que se apresenta como um direito privado, derivado do contrato de trabalho e exercitável perante o empregador contra a despedida arbitrária, sendo o direito à estabilidade considerado como uma de suas conseqüências. O autor vincula ao seu âmbito de aplicação um tríplice sentido: a) contra o empregador (proteção contra a despedida arbitrária); b) contra os companheiros de trabalho ou o Conselho de Empresa ou outro organismo representativo do pessoal na empresa, quando exijam a despedida do trabalhador, sem um justo motivo (...); c) contra terceiros (estranhos à empresa), sobretudo o sindicato que, por cláusulas de Convênios Coletivos (por exemplo, cláusula de *union shop*), ou por outras medidas, exerça pressão ou induza o empregador a proceder a despedida”.

[776] Renato Rua de Almeida, “A Estabilidade no Emprego num Sistema de Economia de Mercado”, pg. 1600. Segundo o autor, “o instituto da estabilidade no emprego foi concebido como uma verdadeira propriedade do emprego, pois, uma vez admitido o empregado na empresa, deveria nela permanecer até

Segunda Guerra Mundial, "abandonou-se a concepção estática da estabilidade no emprego e foi adotada uma concepção dinâmica, traduzida pela idéia da garantia do emprego, que assegura ao trabalhador uma certa proteção no emprego por ele ocupado e, não sendo possível mantê-lo no mesmo emprego, por algum motivo justificável (não mais apenas a falta disciplinar, mas também motivos econômicos e tecnológicos), permite-lhe a continuidade do emprego em outra empresa"[777].

Nesta medida, os doutrinadores advertem que os termos garantia de emprego" e "estabilidade" não são sinônimos. O primeiro envolve uma noção muito mais ampla do que o segundo. Amauri Mascaro Nascimento anota que "garantia de emprego quer dizer também direito de obter emprego e direito de conservá-lo. Seu princípio maior é o direito ao trabalho, de nível constitucional"[778].

Segundo Pedro Paulo Teixeira Manus, ao tratarmos "da garantia de emprego podemos cogitar da estabilidade no emprego, ou pensar em outros temas correlatos, mas distintos", como, por exemplo, a admissão compulsória de trabalhadores e a preocupação governamental de garantia e oferta de empregos.

---

sua aposentadoria, salvo se cometesse falta grave, quando então seria justificada sua dispensa. A dispensa sem justa causa trazia, como conseqüência jurídica, a reintegração do trabalhador no emprego".

[777] Ibid., pg. 1601.

[778] Amauri Mascaro Nascimento. "Direito do Trabalho na Constituição de 1988". São Paulo: Saraiva, 1989, pgs. 47, 48 e 49. O autor, ao abordar o tema "relação de emprego protegida" afirma que "proteger a relação de emprego é, em princípio, impedir que (esta relação) se extinga, que possa ser desfeita sem atender aos direitos do trabalhador. Assim, não é possível afastar a interpretação segundo a qual a proteção da relação de emprego consiste na adoção de medidas ordenatórias da dispensa imotivada do trabalhador, sendo uma forma de restrição ao direito potestativo de despedir. Coincidiria, de certo modo, com a idéia de estabilidade absoluta e seria mesmo identificável com ela, caso não tivesse a Constituição indicado a possibilidade de indenização de dispensa. (...) Proteção da relação de emprego significa, também, em outro sentido, um conjunto de providências do Estado desenvolvidas no sentido de permitir que o mercado de trabalho permaneça dinâmico, oferecendo número de vagas suficiente para que seja atendida a demanda, idéia que se identifica com a do direito ao trabalho. Diversas Constituições referem-se ao direito ao trabalho, dimensão econômica deste tema, entremeando-se com a garantia de emprego, incumbência do Estado através de planos de política econômica e social, voltada para possibilitar o ingresso dos jovens no mercado de trabalho, e a existência de vagas suficientes para o atendimento da força do trabalho, no Brasil a maior da América Latina, seguido do México. É a execução de políticas de pleno emprego, anti-recessivas, e o direito à assistência material dos que involuntariamente se encontram desempregados. Compreendido como garantia econômica, o direito ao trabalho é a expressão jurídica dessa realidade (...). Não há dúvida que o direito ao trabalho não é o mesmo que estabilidade *no* emprego, embora sendo estabilidade de empregos".

Já a noção de estabilidade, em última análise, "diz respeito diretamente ao direito de não perder o emprego"[779].

Nesta direção, Renato Rua de Almeida entende que esta nova expressão da estabilidade do emprego se caracterizou como um meio de assegurar um emprego a cada pessoa em condição de trabalhar, isto é, a estabilidade do emprego no interior de uma política sistemática do emprego[780].

A complexidade da matéria se acentua quando se constata que nos dias de hoje a adoção de um sistema rígido de extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregador pode ferir diretamente o direito ao trabalho daqueles que não possuem um emprego[781].

Há, inclusive, quem afirme que a ampliação de normas garantidoras de estabilidade, como alternativa para se alcançar uma situação de pleno emprego, conduz a situações de desemprego encoberto ou subemprego. Por esta razão, este instituto vem perdendo o caráter de mito ou idéia-força de defesa e garantia dos direitos dos trabalhadores[782].

Nesta direção, Antonio Martín Valverde destaca "que precisamente com o fim de tutelar o direito ao trabalho se defende a necessidade de um sistema de livre despedida, ou se ataca a rigidez do uso da força de trabalho estabelecida em algumas normas garantidoras do direito ao posto de trabalho"[783].

---

[779] Pedro Paulo Teixeira Manus, "Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa – Aspectos do Direito Material e Processual do Trabalho", pg. 16.
[780] Renato Rua de Almeida, "La nouvelle notion de stabilite de l'emploietude en droit francais et bresilien compare", pg. 12.
[781] Juan Rivero Lamas, "Técnicas modernas de garantía del empleo". Revista Española de Derecho del Trabajo, pg. 28.
[782] Juan Rivero Lamas. "Técnicas modernas de garantía del empleo". Revista Española de Derecho del Trabajo, 1988, pg. 30.
[783] Antonio Martín Valverde, "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978", en AA.VV., "Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución", pgs. 201, 202 e 203.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem realizado inúmeros esforços no sentido de que os países alcancem lugares comuns entre os dois extremos da extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregador: direito potestativo do empregador para dispensar seus empregados *versus* direito do trabalhador a obter e a conservar um posto de trabalho.

Segundo um estudo recente da OIT, a Dinamarca é um bom exemplo de política de "mobilidade protegida" no mercado de trabalho que busca combinar flexibilidade e seguridade. Quando existe um sistema de proteção que funciona e que inclui subsídios de desemprego, a carga de ser despedido é mais leve. A proteção social amortiza o efeito negativo para o trabalhador quando uma empresa necessita reestruturar suas atividades, reduzir sua produção ou recorrer à contratação externa[784].

Uma das normativas mais importantes da OIT sobre este tema é a Convenção N. 158[785], cuja idéia central é a de que "um trabalhador não deverá ser despedido sem que exista um motivo válido ligado à aptidão ou conduta do trabalhador, ou fundado nas necessidades de funcionamento da empresa, do estabelecimento, ou do serviço"[786].

Verifica-se, portanto, que neste instrumento normativo "a garantia do emprego tem duas características complementares: uma relativa garantia do

---

[784] "La experiência de Lego: "Unir flexibilidad y Seguridad". Fonte de Pesquisa: www.ilo.org. Data da Pesquisa: 01-02-2006. Segundo Kongshoj Madsen, "'La Flexiguridad' mediante las políticas e instituciones del mercado de trabajo en Dinamarca" In Peter Auer; Sandrine Cazes (comp.), "La estabilidad del empleo en una época de flexibilidad. Testimonios de vários países industrializados", pg. 108. Na Dinamarca, os custos diretos da proteção do empregado são assumidos em grande medida pelo Estado e, por conseqüência, os contribuintes e não as empresas individuais. O termo flexiseguridade é utilizado para resumir esta característica própria do sistema dinamarquês.

[785] As garantias estabelecidas na Convenção N. 158 de 1982 decorrem dos princípios já fixados pela Recomendação N. 119 de 1963 da OIT.

[786] Fonte de Pesquisa: www.ilo.org . Data da Pesquisa: 01-02-2006.

trabalhador no emprego ocupado e, em caso de perda do emprego por algum motivo justificável, a continuidade do emprego em outra empresa”[787].

No que se refere à proteção do empregado contra a dispensa sem motivo justo, o Direito ao Trabalho vem adotando uma distinção muito importante entre dispensa individual e dispensa coletiva, imprimindo um tratamento diferenciado para cada uma delas[788].

A dispensa individual se refere a um empregado ou a alguns empregados, mas as causas são diferentes em relação a cada um deles. Já a dispensa coletiva se refere a vários empregados, mas o motivo é o mesmo, “quase sempre por razões de ordem objetiva da empresa, como problemas econômicos, financeiros e técnicos”[789].

Esta dicotomia é reconhecida no cenário internacional, sobretudo na citada Convenção N. 158. No tocante às despedidas individuais, apontam-se técnicas jurídicas de controle *a priori*, que dificultem ou impeçam a dispensa sem justo motivo”, como outras técnicas de controle *a posteriori*, que consistem no exame da decisão do empregador por um organismo judicial ou extrajudicial[790].

Mas é a dispensa coletiva que traz maiores repercussões de ordem sócio-econômica nos mercados de trabalho, principalmente quando envolve um número significativo de empregados. No cenário europeu, o tema é regulado, sobretudo, pela Diretiva 92/56 da Comunidade Européia. Seguindo tais diretrizes, o direito espanhol, no artigo 51 do Estatuto dos Trabalhadores, autoriza a despedida

---

[787] Renato Rua de Almeida, “A Estabilidade no Emprego num Sistema de Economia de Mercado”, pg. 1601 e 1602. A primeira característica visa a proteção do empregado contra a dispensa sem justo motivo e, para isto se utiliza, sobretudo, de técnicas jurídicas. A segunda, por sua vez, insere no campo das políticas de pleno emprego.
[788] Ibid., pg. 1602.
[789] Ibid., mesma página. Ver também Amauri Mascaro Nascimento, “Iniciação ao Direito ao Trabalho”, pg. 413.
[790] Renato Rua de Almeida, “A Estabilidade no Emprego num Sistema de Economia de Mercado”, pg. 1601 e 1602.

coletiva por causas econômicas, técnicas, organizativas ou de produção. No entanto, esta dispensa se sujeita ao cumprimento de rigorosos trâmites formais que se materializam em um "expediente de regulação de emprego" ou "expediente de crise"[791].

No direito brasileiro, quando se trata de analisar a proteção do empregado contra a dispensa sem motivo justo, é necessário nos concentrarmos nas determinações contidas nos artigos 7º, incisos I e III e 10 do Ato das Disposições Transitórias - ADCT:

> "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; (...)
>
> III - fundo de garantia do tempo de serviço;".
>
> Art. 10. Até que seja promulgada a Lei Complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:
>
> I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput e §1o, da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966;

[791] A instauração deste expediente visa justamente comprovar a causa alegada pelo empresário e garantir o cumprimento aos direitos dos trabalhadores afetados pela medida. Ele se inicia com a solicitação da empresa à autoridade trabalhista e com a abertura simultânea de um período de consultas com os representantes dos trabalhadores. A esta solicitação o empregador deve anexar toda a documentação comprobatória das causas motivadoras da despedida. A resolução administrativa que acolhe o pedido de despedida coletiva não extingue por si mesma os contratos de trabalho, mas simplesmente autoriza ao empregador a realizar a despedida dos trabalhadores afetados pelo expediente. Os trabalhadores despedidos terão direito ao recebimento de uma indenização de 20 dias por ano trabalhado, com um máximo de 12 mensalidades, sem prejuízo de que as partes pactuem um valor superior. Nas empresas de menos de 25 trabalhadores, o FGS (fundo de garantia salarial) satisfará 40% da mesma. Os representantes dos trabalhadores terão prioridade de permanência na empresa sobre os demais trabalhadores. De qualquer modo, a decisão do empregador pela instauração do expediente poderá ser questionada judicialmente pelos trabalhadores afetados.

> II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
>
> a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;
>
> b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (...)".

Como se nota, o inciso I faz menção à proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, que deverá ser regulamentada por lei complementar[792] que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. E o inciso III do art. 7º juntamente com o art. 10 do ADCT afirmam a natureza pecuniária da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Por sua vez, a nova Lei do FGTS - Lei N. 8.036, de 11 de maio de 1990, incorporou tal diretriz e equiparou os efeitos da dispensa arbitrária e a dispensa sem justa causa, que se traduz no pagamento da referida multa[793].

Ainda assim, o inciso II do art. 10 do ADCT, enumera duas hipóteses de estabilidade provisória, quais sejam: do "empregado eleito para o cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato" (letra "a") e da "empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto" (letra "b")[794]. Além disso, o artigo 8º, inciso VIII da Constituição de 1988, veda a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro de sua candidatura a

---

[792] O tempo verbal encontra-se no futuro porque esta lei não foi editada; a perspectiva é de que não será, pois passados quase 20 anos da promulgação do vigente texto, a situação não se alterou.

[793] Pedro Paulo Teixeira Manus, "Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa – Aspectos do Direito Material e Processual do Trabalho", pg. 52.

[794] Pedro Paulo Teixeira Manus. "Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa – Aspectos do Direito Material e Processual do Trabalho", pg. 56.

cargo de direção ou representação sindical, inclusive como suplente; e, se eleito, até um ano após o término de seu mandato, salvo hipótese de falta grave[795].

Por esta razão, Pedro Paulo Teixeira Manus destaca que a Constituição, apesar de não ter adotado "o regime da estabilidade plena, ressalvou três hipóteses em que reconheceu ser necessária a manutenção do emprego" (dirigente sindical, membro da CIPA e empregada gestante)"[796].

Quanto à estabilidade acidentária, prevista em legislação infraconstitucional, cabe fazer referência à Decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, na qual aparece concretamente a conexão entre direito ao trabalho e estabilidade no emprego:

> "EMENTA: ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA X INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA - O art. 118 da Lei 8.213/91 garante estabilidade ao empregado que sofreu acidente de trabalho, no período de doze meses, após a cessação do auxílio-doença acidentário. Esta figura legal se define como o direito de o trabalhador permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador. Vale dizer, é o **direito ao trabalho** e à conseqüente inclusão e permanência do empregado acidentado no mercado, garantia essencial prevista pelo legislador em face da onda de desemprego, a cada dia maior, que assola o país. Exatamente por se tratar de uma garantia do posto de trabalho e do exercício da atividade profissional desenvolvida perante um determinado empregador, não se justifica a indenização substitutiva quando não obstaculizada a permanência ou continuidade

[795] Pedro Paulo Teixeira Manus. "Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa – Aspectos do Direito Material e Processual do Trabalho", pg. 56.
[796] Ibid, pg. 57.

> do vínculo. Recurso a que se nega provimento em homenagem à Justiça[797].

No tocante ao regime de proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa previsto na Constituição Federal, há quem destaque, ainda, como corolário desta proteção, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço de no mínimo trinta dias[798].

Nesta medida, a jurisprudência tem indicado também que o direito ao trabalho pode ser ferido quando o empregador nega ao empregado o direito de cumprimento ao aviso prévio. Neste sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região entendeu:

> "EMENTA: MULTA - DISPENSA DE CUMPRIMENTO DO AVISO PREVIO - O direito ao trabalho não pode ser obviado pelo empregador, quando não mais se interesse pela continuidade do contrato. Notificando o empregado da dispensa e mantendo-o afastado do local de trabalho durante o prazo do aviso prévio, viola o empregador o **direito ao trabalho** e esse ato equivale a despedida sumária, de que decorre o dever de pagar os títulos resilitórios no decêndio seguinte à dação do aviso"[799].

Neste passo, cabe uma última observação quanto à proteção do empregado nos casos de despedida coletiva em nosso ordenamento. Como se viu, este tipo

---

[797] Processo: 01117-2004-001-03-00-2 RO - Data de Publicação: 04/02/2005 - Órgão Julgador: Segunda Turma - Juiz Relator: Fernando Antonio Viegas Peixoto - Juiz Revisor: Hegel de Brito Bóson.

[798] Renato Rua de Almeida, "Proteção Contra a Despedida Arbitrária. Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço", pg. 1201.

[799] RECURSO ORDINÁRIO – DATA DE JULGAMENTO: 19/09/1995 - ACÓRDÃO Nº: 02950448709 - PROCESSO Nº: 02940100696 – ANO: 1994 - DATA DE PUBLICAÇÃO: 18/10/1995 – Turma: 6ª. No mesmo sentido: RECURSO ORDINÁRIO – DATA DE JULGAMENTO: 15/04/2004 – ACÓRDÃO Nº: 20040177003 - PROCESSO Nº: 01437-2000-446-02-00-8 – DATA DE PUBLICAÇÃO: 04/05/2004 – TURMA: 2ª. "EMENTA: MULTA - DISPENSA DE CUMPRIMENTO DO AVISO PRÉVIO - O direito ao trabalho não pode ser obviado pelo empregador quando não mais se interesse pela continuidade do contrato. Notificando o empregado da dispensa e mantendo-o afastado do local de trabalho durante o prazo do aviso prévio, viola, o empregador, o direito ao trabalho e esse ato equivale à despedida sumária, de que decorre o dever de pagar os títulos resilitórios no decêndio seguinte à dação do aviso".

de dispensa, em função dos graves reflexos sócio-econômicos que produz, deve se sujeitar ao cumprimento de rigorosos trâmites formais; contudo, no Brasil, o tema não é objeto de regulamentação sistemática e eficaz[800].

A solução para tal questionamento adentra ao campo das colisões de direitos fundamentais, notoriamente entre a liberdade de empresa e o direito ao trabalho, pois, como já se destacou, a decisão de tal litígio deve se dar prioritariamente via mediação legislativa, mas na sua ausência, ou quando esta se mostre ineficaz, tais princípios devem ser aplicados diretamente segundo as circunstâncias fáticas e juridicamente previstas em cada caso concreto[801].

Mas é preciso lembrar que, "ao contrário do que ocorre com a atividade legislativa diretamente vinculada à constituição, é na atividade judiciária, especialmente na aplicação, na interpretação e no controle dos atos entre particulares que envolvam direitos fundamentais, que todas as dificuldades e peculiaridades da constitucionalização do direito se revelam com clareza e profundidade"[802].

Feitas estas considerações, a título ilustrativo, indicaremos a seguir outro caso concreto, em que se fez sentir a irradiação do direito ao trabalho nos momentos extintivos da relação de emprego:

---

[800] No tocante às despedidas coletivas, Renato Rua de Almeida, "A Estabilidade no Emprego num Sistema de Economia de Mercado", pg. 1603, destaca o entendimento doutrinário que aponta para o conceito de dispensa arbitrária como o ato praticado pelo empregador sem a observância de um procedimento para as situações em que, em razão de crise econômica, a empresa se vê diante da necessidade de reduzir postos de trabalho. Nesta medida, "a lei complementar poderia definir que a dispensa sem justa causa seria a dispensa individual, e a dispensa arbitrária a dispensa coletiva, adotando as técnicas jurídicas de proteção *a priori* e a *posteriori* da relação de emprego.

[801] Vide item I.9.3.

[802] Virgilio Afonso da Silva, "A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares", pg. 44.

> "EMENTA: DANO MORAL DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DOENÇA DO EMPREGADO - Dentre os direitos e garantias fundamentais, assegurados na Constituição Federal, encontra-se a vedação da prática discriminatória, (...) Se o empregado é dispensado sob a alegação de que, em tendo sido portador de câncer, a doença poderá retornar (...). Verifica-se a insatisfação da empresa com a deficiência da saúde do trabalhador, a ponto de cortá-lo de seus quadros funcionais, o que significa diminuir- lhe ou vedar-lhe o **direito ao trabalho,** em face do preconceito exteriorizado. (...) O dano moral, na espécie, é flagrante e independe de prova, já que implícita no ato do empregador a afronta à sensibilidade moral do laborista. Indenização que se defere"[803].

Verifica-se, portanto, que no ordenamento jurídico brasileiro as manifestações do direito ao trabalho nos momentos extintivos da relação de trabalho subordinada vão além das fronteiras da estabilidade no emprego, centrando na ampla idéia de garantia de emprego, que procura imprimir uma proteção de natureza pecuniária ao trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa e, ao mesmo tempo, promover a continuidade do emprego através de medidas que se enquadram no campo das políticas públicas de trabalho e emprego. Contudo, estas últimas manifestações dizem respeito à dimensão coletiva do direito ao trabalho[804].

---

[803] TRT 3ª Região - Processo: 00114-2002-055-03-00-1 RO - Data de Publicação: 09/11/02 - Local de Publicação: DJMG - Órgão Julgador: Oitava Turma - Juiz Relator: Denise Alves Horta - Juiz Revisor: José Miguel de Campos.

[804] Vide item IV.5.2.

V.2. A efetivação do direito ao trabalho em sua dimensão coletiva

O estudo realizado neste tópico corrobora o que foi apontado acima sobre a idéia de garantia de emprego, na medida em que esta abarca ações protetoras que se enquadram no campo das políticas públicas de trabalho e emprego, extrapolando os limites da relação de trabalho subordinada.

Assim, inicialmente analisa-se a correlação do direito ao trabalho com as políticas públicas, principalmente com as políticas de trabalho e emprego (em suas formas passiva e ativa), pois são consideradas importantes instrumentos para se alcançarem melhores índices de empregabilidade, o que corresponde à "busca pelo pleno emprego", estabelecida pelo art. 170, inciso VIII, da Constituição Federal.

Após isso, procura se examinar os mecanismos políticos de efetivação do direito ao trabalho em sua dimensão coletiva, no Brasil, para, em seguida, refletir sobre a fiscalização das ações do Estado brasileiro pela sociedade (através do Poder Judiciário). E, por fim, tecem-se alguns comentários acerca de um dos principais instrumentos jurídicos utilizados para tal finalidade: a ação civil pública.

V.2.1. O direito ao trabalho, o pleno emprego e as políticas públicas

Como já se destacou, a realização de políticas públicas se apresenta como uma forma de efetivação do direito ao trabalho, pois em sua dimensão coletiva

este direito se materializa como um mandato aos poderes públicos para a realização de políticas de pleno emprego[805].

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, "política pública, pode ser considerada a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentida largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados"[806].

É justamente neste sentido que se afirma que as políticas públicas de trabalho e emprego, em suas formas ativa e passiva[807], constituem mecanismos políticos de efetivação do direito ao trabalho.

V.2.2. As políticas públicas de trabalho e emprego

Visto que o "trabalho" é um gênero e o "trabalho subordinado" constitui uma de suas espécies, do mesmo modo as políticas de trabalho abrangem as políticas de emprego. Entretanto, na realidade, a questão não se apresenta exatamente com estes contornos, pois existe um certo predomínio das políticas públicas de emprego que, certamente, está associado à importância que o trabalho subordinado adquiriu sobre as demais modalidades de trabalho no decorrer da história[808].

---

[805] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 42. Vide item IV.5.2.

[806] Rodolfo de Camargo Mancuso, "A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas", pgs. 753-798.

[807] Em relação às políticas passivas, parte da doutrina entende ser uma impropriedade a substituição do direito ao trabalho por instrumentos indenizatórios assistenciais. Este tema será analisado com maior profundidade na abordagem sobre as políticas públicas passivas.

[808] O Direito do Trabalho surge com o objetivo de proteger o trabalhador, mas se especifica em uma de suas figuras – o trabalhador subordinado que dá origem à figura do empregado.

De todo modo, verificou-se que o emprego não concentra mais o potencial de empregabilidade de outrora, o que fez com que o trabalho, em suas distintas formas de manifestação, também assumisse uma posição de destaque nas discussões políticas de caráter econômico-social. Por isso, é perfeitamente possível se falar em políticas públicas de trabalho e emprego[809].

Mesmo assim, no contexto brasileiro, grande parte dos estudos doutrinários e das ações governamentais se concentra nas chamadas políticas de emprego, enquanto que as políticas de trabalho estão associadas a programas especiais de financiamento e renda.

Diante disso, por razões pragmáticas, serão analisadas a seguir as políticas de emprego e suas possíveis formas de instrumentalização, enquanto que as políticas de trabalho serão abordadas no decorrer do capítulo.

V.2.3. As políticas públicas passivas e ativas de emprego

O poder público conta com distintas formas de intervenções nos níveis de emprego, que se materializam nas chamadas políticas de emprego passivas e ativas[810]. As políticas passivas de emprego "consideram o nível de emprego (ou desemprego) como dado, e o seu objetivo é assistir financeiramente ao trabalhador desempregado ou reduzir o 'excesso de oferta de trabalho'"[811]. Na execução dessas políticas, são utilizados instrumentos como o seguro-

[809] Neste contexto, Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg.92, afirmam que "uma satisfatória oferta de empregos já não pode ser mais considerada um subproduto natural ou automático do crescimento econômico".
[810] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg.94.
[811] Ibid., pg.94.

desemprego, o adiantamento da aposentadoria e a expulsão de população (imigrantes ilegais)[812].

Diferentemente, as políticas ativas "visam exercer um efeito positivo sobre a demanda de trabalho" e "os instrumentos clássicos desse tipo de políticas são: a criação de empregos públicos, a formação e reciclagem profissional, a intermediação de mão-de-obra, a subvenção ao emprego e, em geral, as medidas que elevem a elasticidade emprego-produtivo". Quanto a estas últimas, a mais popular é o apoio à micro e pequena empresa[813].

No panorama internacional, uma alternativa largamente utilizada contra o desemprego foi a criação dos chamados Sistemas Públicos de Emprego, que combinaram medidas de política passiva (que se fundamentam essencialmente na assistência financeira ao desempregado) com instrumentos de política ativa (que consistem na intermediação, formação e reciclagem profissional)[814].

Neste cenário, inicialmente o desemprego foi encarado como um fenômeno passageiro, observando-se uma tendência de proteção à crescente mão-de-obra desempregada através do pagamento de um seguro-desemprego. Entretanto, constatou-se que tal sistema apresentava um desequilíbrio financeiro quanto ao número de contribuintes e beneficiários, agravado com a multiplicação

---

[812] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 94. Segundo os autores, historicamente, o seguro-desemprego pode ser considerado o instrumento mais importante destas alternativas.

[813] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 95.

[814] Ibid., pg. 95 nota 6. A autora ressalta ainda outras medidas, como o subsídio ao emprego de jovens e desempregados de longa duração e a flexibilização da legislação trabalhista. De todo modo, "as posições ideológicas e a história concreta de cada país determinavam a ênfase dada a uma ou outra medida".

de formas atípicas de emprego; o que gerou uma tendência reducionista dessa proteção, com a exceção de alguns países como Noruega, França e Dinamarca[815].

Nestas circunstancias, devido ao início da chamada revolução tecnológica (que requer um trabalhador qualificado e polivalente), passou-se a discutir acerca da preponderância que se deve dar às políticas ativas de formação e qualificação profissional, aumentando, assim, a probabilidade de tornar o desempregado "empregável". Isto porque "o desempregado vai perdendo sua 'empregabilidade' à medida que permanece nessa situação", o que gera a necessidade de que a "reciclagem seja contínua durante todo o tempo de desemprego"[816].

Vale a pena lembrar que uma política de formação e reciclagem democratiza as chances de se encontrar um trabalho de qualidade, embora não possa aumentar de forma concreta as oportunidades de emprego, pois "a qualificação dos recursos humanos não pode explicar o desemprego como tendência global"[817].

De todas as formas, os percentuais de gastos públicos com políticas públicas de formação e qualificação profissional não podem ser indicados exclusivamente pela ausência total ou parcial de programas públicos de treinamento ou formação da força de trabalho, pois em diversos casos há uma

---

[815] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pgs. 96 e 97. No decorrer dos anos 80 soma-se a esse desequilíbrio financeiro uma disputa teórica e política sobre o papel do seguro-desemprego.

[816] Ibid., pg. 97. Assim, esclarecem os autores, "paralelamente à crescente perda de importância dessa política passiva (assistencial), começam a ocupar um lugar central, na maioria dos países, duas políticas ativas: a formação e reciclagem profissional e a intermediação".

[817] Ibid., pg. 98, nota 9.

participação direta dos setores privados, que promovem medidas de qualificação e reciclagem no próprio local de trabalho[818].

Além disso, ainda que uma considerável soma de recursos públicos seja destinada a essas ações, os resultados finais dependem diretamente da forma de implementação e da qualidade dessas políticas. Como veremos mais adiante, este é o caso das políticas de qualificação adotadas no Brasil, que, apesar das quantias destinadas serem razoáveis, não têm se mostrado instrumentos eficazes de qualificação da força de trabalho.

V.2.3.1. As políticas passivas de emprego

Historicamente, o seguro-desemprego foi considerado o instrumento mais importante de política passiva de emprego. Neste contexto, em função do não cumprimento do Estado de sua obrigação de proporcionar trabalho aos cidadãos, discute-se sobre a configuração da proteção por desemprego como um direito substitutivo ao direito ao trabalho[819].

Sob esta ótica, Philippe Texier, membro do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, defende a aplicação pelos Estados de "distintas medidas complementares para se conseguir a realização do direito ao trabalho, em especial a formulação de políticas de formação, acesso ao

---

[818] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 98. Esse é o caso do Japão que, segundo os autores, possui recursos humanos com uma polivalência que é referencia no mundo, não obstante os gastos públicos em formação representarem 0,03% (1990/91) do PIB devido, justamente, a importância dada pela firma ao treinamento.

[819] Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo", pg. 144. O autor entende que os parâmetros traçados pelo ordenamento jurídico espanhol não autorizam a interpretação de que as parcelas assistenciais pagas pelo Estado por seguro-desemprego possam ser vista como um substitutivo do direito ao trabalho, pois estão regulados em campos distintos e específicos.

emprego, luta contra o desemprego, indenização por desemprego, tal como tem elaborado e recomendado a OIT, ou a adoção de instrumentos jurídicos específicos”[820].

Em sentido contrário, no marco do ordenamento jurídico espanhol, Rafael Sastre Ibarreche nega a possibilidade dessa substituição, afirmando que se tratam de questões distintas:

> “Entiendo, en primer lugar, que no es posible configurar la protección por desempleo como un sustitutivo del derecho al trabajo, es decir, como una eventual compensación por parte del Estado originada a causa del incumplimiento de su obligación de proporcionar trabajo a los ciudadanos. La propia sistemática de la Constitución, que reserva un espacio concreto a la situación de desempleo en el artículo 41, contribuye a dicha separación”[821].

No contexto das chamadas “medidas passivas” ou “assistenciais” do Estado e da sua vinculação com o direito ao trabalho, ainda se discute sobre a obrigação do Estado de prover uma renda mínima ao cidadão que se encontra em situação de desamparo, seja pela impossibilidade física ou psíquica para exercício do trabalho, seja pela impossibilidade do Estado de fornecer ou gerar postos de trabalho a quem necessite (materializar o pleno emprego).

---

[820] Philippe Texier, “Observación general sobre el derecho al trabajo (artículo 6) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, pg. 4. Fonte de pesquisa: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a9693e0f2ad718b4c1256ddb004f7750/$FILE/G0343883.doc. Data da Pesquisa: 23-05-05. A doutrina, contudo, não é assente ao analisar este tema; existem autores que defendem formas substitutivas do direito ao trabalho, especialmente as indenizatórias pagas pelo Estado, como uma forma de se realizar e, conseqüentemente, dar efetividade a este direito.

[821] Rafael Sastre Ibarreche, “El derecho al trabajo”, pg. 144.

Nesta análise, há que se considerar duas variáveis importantes. A primeira é que o objeto do direito ao trabalho é o *trabalho*, e a segunda é que o pagamento de parcelas de seguro-desemprego (ou de rendas mínimas) se insere nos quadros das políticas passivas de emprego adotadas pelo Estado e, nesta medida, conecta-se à dimensão coletiva do direito ao trabalho.

Como visto, ante a impossibilidade prática de se garantir um posto de trabalho a quem o demande, a divisão teórica entre as vertentes individual e coletiva pode contribuir para a efetivação do direito ao trabalho quando autoriza a sua instrumentalização em outros campos do direito e mesmo das políticas de pleno emprego.

Assim, em função do programa de seguro-desemprego ser considerado um dos principais instrumentos de política passiva de emprego, e, principalmente, por estar associado a programas de qualificação e recolocação do trabalhador no mercado de trabalho, pode-se pensar na hipótese de que a obrigação de dar trabalho seja convertida em obrigação de indenizar a falta deste mesmo trabalho (pagar subsídios ao trabalhador e dar condições concretas para a sua re-inserção no mercado de trabalho).

V.2.3.2. As políticas ativas de emprego

Como se viu, as políticas ativas de emprego são ações que procuram gerar um efeito positivo sobre a demanda de trabalho. Sob esta ótica, há também quem visualize como medidas ativas de emprego aquelas que incidem sobre o mercado de trabalho através da flexibilização da legislação trabalhista.

Atualmente, como se sabe, pesam sobre o mercado de trabalho o chamado custo da mão-de-obra e a sua implicação na geração e manutenção de postos de trabalho. A questão principal a ser debatida neste contexto se centra na busca de medidas concretas que possam conciliar o custo do trabalho e a dignidade do trabalhador.

Certamente, uma intervenção estatal destinada a garantir direitos trabalhistas mínimos, balizados por uma proteção máxima no tocante aos direitos fundamentais do trabalhador é um bom caminho, desde que o sistema sindical seja de fato representativo; mas, para isto, pelo menos no Brasil, há que se pensar em novo padrão educacional-cultural.

Um exemplo concreto é a previsão contida no artigo 55.6 do Estatuto dos Trabalhadores espanhol, já mencionada anteriormente, que prevê a nulidade das despedidas que atentem contra direitos e liberdade fundamentais do trabalhador. Além do que, verifica-se, neste país, uma significativa aceitação quanto à autonomia da vontade individual, sempre amparada pela ação sindical no âmbito da empresa, que, pelo que se nota na jurisprudência, vem procurando exercitar tal proteção[822].

Nesta busca por medidas que conciliem custo do trabalho e dignidade do trabalhador, cabe destacar a instituição de Cláusula de Observância de direitos trabalhistas mínimos em Acordos Comerciais Internacionais, principalmente quando se leva em conta o regime de mão-de-obra “semi” escrava a que estão

[822] Vide item IV.5.1. Como exemplo, ver STC 044/2001 do Tribunal Constitucional Espanhol sobre ofensa à liberdade sindical, reconhecida explicitamente na CE, art. 28.1, como um direito fundamental.

sujeito inúmeros trabalhadores em todo o mundo, dando-se um destaque para os países que compõe o circuito dos “tigres asiáticos”.

No tocante às políticas ativas de emprego, é preciso considerar também que a chamada era tecnológica gera a necessidade de uma mão-de-obra cada vez mais qualificada, chegando, até mesmo, à exigência de que um único trabalhador concentre o exercício de diversas funções. A Organização Internacional do Trabalho há tempos vem destacando que a formação e a educação são cruciais para assegurar um desenvolvimento econômico e social sustentável.

Nesta medida, investir em qualificação significa promover a empregabilidade da força de trabalho de um país, pois contribui para a melhoria da produtividade e da competitividade e aos objetivos sociais de equidade e inclusão.

Diante disso, investigaremos, a seguir, se o governo brasileiro tem atuado de forma diligente no sentido de alcançar melhores índices de empregabilidade via execução de políticas públicas, ou seja, se o “pleno emprego”, ou o “pleno trabalho”, tem sido realmente um objetivo do Estado brasileiro[823].

Trata-se de uma ação concreta que deve ser realizada pelos poderes públicos, estando sujeita à fiscalização da sociedade, com o auxílio do Ministério Público do Trabalho, através do Poder Judiciário.

---

[823] Lembrando que o artigo 85, inciso III, da Constituição Federal prevê que “são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais”. Donde se concluir que é dever do Presidente da República, direta ou indiretamente, zelar pela efetivação dos direitos individuais e sociais.

V.2.4. As políticas públicas de trabalho e emprego no Brasil

Pode-se afirmar que o conceito de política social é relativamente recente em nosso país e, conseqüentemente, o caráter e a dimensão que a problemática das políticas públicas de emprego assumem atualmente no Brasil são inéditos[824].

Durante décadas acreditou-se que a melhoria das condições de vida da população e do perfil de distribuição de renda seria uma conseqüência direta e inevitável do crescimento econômico[825].

Foi justamente com a primeira grande recessão da economia brasileira, sofrida na década de oitenta (1981-1983) e nos anos seguintes, com o acentuado crescimento das taxas de desemprego urbano, que se iniciou um intenso debate sobre o papel governamental na formulação e execução de políticas sociais, dentre elas, as políticas públicas dirigidas ao mercado de trabalho[826].

---

[824] "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", In Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 382.

[825] Beatriz Azeredo, "Políticas Públicas de Emprego: a experiência brasileira", pg. 45.

[826] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", In Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 382. Segundo os autores, é a partir da primeira grande recessão da economia brasileira, no início da década de 80, que se acentua o crescimento das taxas de desemprego urbano no país, ultrapassando o patamar de menos de 5% da força de trabalho para números mais elevados, conforme estatísticas publicadas a partir de 1982. O ambiente econômico-institucional sofria altos níveis de inflação, o que, de certa forma, fez com que se visualizasse nos reajustes salariais que compensavam a corrosão inflacionária um elemento definidor da direção das demandas sociais do mundo do trabalho. Neste sentido, verifica-se que a análise do desemprego no Brasil, como em qualquer outro país, apresenta traços específicos que, somados a determinados componentes, ampliam a sua complexidade. Segundo Beatriz Azeredo, "Políticas Públicas de Emprego: a experiência brasileira", pgs. 44 e 45, estes componentes podem ser traduzidos resumidamente: *(i)* nos problemas histórico-estruturais, presentes antes mesmo da crise que atingiu a economia mundial como um todo, *(ii)* **na existência de um sistema educacional com proeminentes deficiências, que nunca esteve organicamente articulado ao sistema produtivo e** *(iii)* **no profundo atraso nas relações entre capital e trabalho**. A soma destes fatores ajuda a entender o porquê de não ter existido, no passado, políticas públicas de emprego.

Resumidamente, pode-se afirmar que no Brasil, até 1994, havia a predominância de altas taxas de desemprego acopladas a uma inflação elevada, que alcançou o patamar de mais de 2.700% em 1993 e encerrou 1994 em 900%[827].

Após a implementação do Plano Real, o ambiente econômico e institucional sofreu grandes alterações em função do processo de abertura comercial (deflagrado no início da década de 90) e do programa de privatizações que se seguiu[828]. O Brasil passa a experimentar um período relativamente longo de baixas taxas de inflação[829].

Há quem aponte que o aumento da vulnerabilidade externa do país, o insuficiente crescimento econômico e do mercado de trabalho, o aumento do desemprego e da precarização dos empregos, bem como da informalidade, são reflexos do preço social que se está pagando pela estabilização monetária[830].

Esta análise permite concluir que no Brasil "as políticas sociais continuam subjugadas às diretrizes e políticas macroeconômicas"[831]. Mesmo assim, ainda que se leve em consideração apenas o segmento de emprego e renda, não se pode

---

[827] Segundo o Índice Geral de Preços da Fundação Getúlio Vargas - Disponibilidade Interna (IGP-DI), acumulado em 12 meses.

[828] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", *In* Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pgs. 382 e 383.

[829] De acordo com o IGP-DI, acumulada em 12 meses, apresentou o seguinte comportamento nos anos mais recentes: em 1995 – 14,8%, em 1996 – 9,3%, em 1997 – 7,5%, em 1998 – 1,7%, em 1999 – 20%, em 2000 – 9,8%.

[830] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", In Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 383. Os autores destacam algumas diretrizes que fundamentam o Plano Real, dentre elas, a política cambial com câmbio sobrevalorizado e a alta taxa de juros, que fazem parte de uma estratégia de promover a entrada de capitais externos.

[831] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", In Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 383. Segundo os autores, esta crítica, realizada por Amélia Cohn, talvez tenha se dado pelo reconhecimento de que o Plano Real e a busca de competitividade no cenário internacional implicam baixa capacidade de geração de empregos pela economia.

negar que o volume de recursos destinados a programas sociais aumentou expressivamente desde 1995[832].

Atualmente, as políticas voltadas ao mercado de trabalho se materializam nas políticas de emprego, em suas formas passivas e ativas, associadas aos programas especiais via crédito, que se destinam potencialmente à geração de novos postos trabalho, e não necessariamente de empregos (políticas ativas de trabalho)[833].

O próprio MTE esclarece que uma de suas principais preocupações é "a geração de empregos, possibilitando a obtenção de renda, seja sob a forma de salário, seja como remuneração de atividades próprias de micro e pequenos empresários", por intermédio do Departamento de Emprego e Salário e do Conselho Deliberativo do FAT[834]. Diante disso, impõe-se como medida promotora do direito ao trabalho, a aprovação de legislação que implemente o tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte, nos moldes do artigo 170, IX da Constituição Federal de 1988.

Sob tal perspectiva, a literatura especializada considera a passagem 1994-95 como linha divisória do debate sobre políticas públicas de emprego no Brasil. Este período se diferencia dos anos oitenta por apresentar as seguintes características: *(i)* baixo nível de inflação, *(ii)* novo ambiente econômico institucional, *(iii)* destinação de volumosos recursos para programas de emprego

---

[832] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", In Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pgs. 383-384.

[833] Referimo-nos aos programas especiais que destinam créditos a cooperativas de trabalho e ao setor informal da economia em forma de empréstimos a pessoas físicas, ao auto-emprego, dentre outros.

[834] Fonte de pesquisa - http://www.mte.gov.br/trabalhador/fat/relatorioger/fat99/cap4.asp - pesquisa realizada em 07-07-05.

e renda e de qualificação, com base num fundo especifico - Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)[835].

Inicialmente, a criação do FAT teve o propósito de angariar recursos para os programas do seguro-desemprego, intermediação de mão-de-obra e abono salarial, mas, posteriormente, além de cumprir estes objetivos, propiciou a implementação de políticas de emprego e renda e de formação profissional[836].

V.2.5. A criação do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT: um marco na política pública de trabalho e emprego no Brasil

Com a aprovação da Lei 7.998 de 11 de janeiro de 1990, que criou o FAT, verifica-se uma destinação expressiva de recursos ao programa do seguro-desemprego e, a partir de 1995, aos programas de geração de emprego e renda e formação profissional.

Neste passo, cumpre verificarmos como o FAT, cujos recursos advêm do PIS-PASEP, tornou-se o principal agente financiador das políticas de trabalho e emprego no Brasil.

Em 1965, a Lei n. 4.923 criou um cadastro permanente de admissões e dispensas de empregados e estabeleceu o Fundo de Assistência ao Desempregado

---

[835] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", *In* Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 387. Para os autores, este novo ambiente sócio-econômico institucional se caracteriza por apresentar um crescimento econômico insuficiente, acoplado a mudanças tecnológicas rápidas e generalizadas com uma inserção competitiva internacional desfavorável ao Brasil, o que contribui para que haja um elevado nível de desemprego.

[836] "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", *In* Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 386.

- FAD, cujos recursos advinham de contribuições dos empregadores[837] e de entidades sindicais destinadas ao governo federal[838].

Entretanto, a criação do FGTS, em 1966, acabou com a contribuição sobre a folha de salários que integrava o FAD, reduzindo consideravelmente as disponibilidades financeiras deste fundo e limitando ainda mais as melhorias no auxílio-desemprego[839].

No início da década de 70 foram instituídos o Programa de Integração Social - PIS, criado por meio da Lei Complementar n° 07, de 07 de setembro de 1970, e o Programa de Formação de Patrimônio do Servidor Público - PASEP, instituído pela Lei Complementar nº 08, de 03 de dezembro de 1970[840].

A Lei Complementar nº 19, de 25 de junho de 1974, determinou que as arrecadações relativas aos referidos programas figurassem como fonte de recursos para o BNDES[841].

Posteriormente, estes programas foram unificados pela Lei Complementar nº 26/1975, e, atualmente, correspondem ao chamado Fundo PIS-PASEP. Apesar da unificação, possuem patrimônios distintos e seus agentes operadores são o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, além do Banco Nacional de

---

[837] A contribuição era de 1 % sobre a folha de salários.
[838] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 104.
[839] Ibid., pg. 104.
[840] Ibid., pg. 103. A instituição destes programas atendia ao mandamento do artigo 165, inciso V, que assegurava aos trabalhadores a "integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei", In Adriano Campanhole; Hilton Campanhole, "Constituições do Brasil", pg. 299. Atendendo a estas diretrizes, os objetivos do PIS e do PASEP eram: (i) integrar o empregado na vida e no desenvolvimento das empresas, (ii) assegurar ao empregado e ao servidor público o usufruto de patrimônio individual progressivo, (iii) estimular a poupança e corrigir distorções na distribuição de renda e (iv) possibilitar a paralela utilização dos recursos acumulados em favor do desenvolvimento econômico-social. Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/pispasep/default.asp . Data da Pesquisa: 03-07-05.
[841] Segundo Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 104, em razão desta determinação alguns estudiosos entendem que o PIS-PASEP, desde então, cumpre seu papel de fundo de desenvolvimento, uma vez que constitui uma fonte importante de recursos para o BNDES.

Desenvolvimento Econômico e Social, (BNDES) responsável pela aplicação dos recursos do Fundo[842].

Decorridos mais de quinze anos da criação do fundo (1985-1986), verificou-se que o patrimônio individual acumulado pelo assalariado (independentemente de seu nível de renda) era insignificante, e que único benefício significativo se concentrava no abono salarial (um salário-mínimo), pago anualmente aos trabalhadores que recebiam até cinco salários-mínimos[843].

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no artigo 239, a arrecadação do Fundo PIS-PASEP foi vinculada ao custeio do seguro-desemprego e do abono-salarial (pago aos empregados que recebem em média até dois salários mínimos de remuneração mensal), bem como ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico através do BNDES.

Neste sentido, o artigo 239 determina:

> "A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei

---

[842] A Lei Complementar nº 26/1975, com vigência a partir de 01/07/1976, foi regulamentada pelo Decreto nº 78.276/1976. Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/pispasep/default.asp . Data da Pesquisa: 03-07-05.

[843] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 105. Segundo os autores, essa constatação provocou um intenso debate na Assembléia Nacional Constituinte de 1988 sobre a política social a ser adotada no Brasil e quais seriam as suas fontes de financiamento, cujo resultado final foi a consolidação de um efetivo programa de amparo ao trabalhador desempregado no Brasil.

dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo[844].

§ 1º - Dos recursos mencionados no "caput" deste artigo, pelo menos quarenta por cento serão destinados a financiar programas de desenvolvimento econômico, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, com critérios de remuneração que lhes preservem o valor.

§ 2º - Os patrimônios acumulados do Programa de Integração Social e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público são preservados, mantendo-se os critérios de saque nas situações previstas nas leis específicas, com exceção da retirada por motivo de casamento, ficando vedada a distribuição da arrecadação de que trata o "caput" deste artigo, para depósito nas contas individuais dos participantes.

§ 3º - Aos empregados que recebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, até dois salários mínimos de remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um salário mínimo anual,

---

[844] O Decreto nº 4.751, de 17 de junho de 2003, determina que a representação ativa e passiva do Fundo PIS-PASEP cabe ao Conselho Diretor do mesmo. O Conselho Diretor é composto de representantes do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, do Ministério do Trabalho e Emprego, da Secretaria do Tesouro Nacional, além de representantes dos Participantes do PIS e dos participantes do PASEP. As peças integrantes da prestação de contas estão à disposição dos cidadãos no seguinte endereço: Secretaria-Executiva do Conselho Diretor do Fundo PIS-PASEP, Secretaria do Tesouro Nacional Esplanada dos Ministérios, Bloco P, Edifício Anexo, Ala "B", Térreo, sala nº 06, Brasília – DF.
Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/pispasep/default.asp .
Data da Pesquisa: 03-07-05.

> computado neste valor o rendimento das contas individuais, no caso daqueles que já participavam dos referidos programas, até a data da promulgação desta Constituição.
>
> § 4º - O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei".

Como visto, a Constituição Federal de 1988 deixou a regulamentação do programa do seguro-desemprego e do abono-salarial a critério do legislador ordinário, que traçou suas diretrizes iniciais e instituiu o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (CODEFAT) na Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, trazendo, portanto, importantes inovações à forma de financiamento do sistema.

O FAT é um fundo especial, de natureza contábil-financeira, vinculado ao MTE, destinado ao custeio do Programa do Seguro-Desemprego, do Abono Salarial e ao financiamento de Programas de Desenvolvimento Econômico. Como visto, sua principal fonte de recursos advém das contribuições para o Programa de Integração Social - PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP[845].

---

[845] Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/fat/default.asp - pesquisa realizada em 03-07-05.

É administrado pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT, órgão colegiado, de caráter tripartite e paritário, composto por representantes dos trabalhadores, dos empregadores e do governo[846].

Dentre as suas funções mais importantes estão inseridas:

(i) a elaboração de diretrizes dos programas a serem financiados pelo FAT e a alocação dos recursos,

(ii) o acompanhamento e avaliação de seu impacto social,

(iii) a proposição e o aperfeiçoamento da legislação referente às políticas públicas de emprego e renda e

(iv) a fiscalização da administração do FAT[847].

Por determinação do artigo 239 da Constituição de 1988, pelo menos 40% dos recursos do FAT são destinados ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico através do BNDES, e a parcela restante destina-se ao custeio do programa de seguro desemprego e de abono salarial.

Atualmente, conforme as diretrizes da Lei nº 8.352/91, os recursos do FAT destinados constitucionalmente ao BNDS (também denominados recursos ordinários) ultrapassam o mínimo de 40% e são complementados pelos depósitos especiais provenientes dos rendimentos financeiros das aplicações deste fundo[848].

Para se ter uma idéia, o saldo de recursos do FAT no Sistema BNDES, em 31 de maio de 2005, era de R$ 77,5 bilhões. Dividido em saldo de recursos

---

[846] Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/fat/default.asp - pesquisa realizada em 03-07-05.
[847] Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/fat/default.asp - pesquisa realizada em 03-07-05.
[848] Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/fat/default.asp - pesquisa realizada em 03-07-05.

ordinários[849] - R$ 60,8 bilhões, e saldo de depósitos especiais[850] - R$ 16,7 bilhões[851].

Periodicamente, o BNDES presta contas sobre as transferências dos recursos ordinários do FAT e dos depósitos especiais à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (CODEFAT), através de relatórios gerenciais[852].

A arrecadação do PIS-PASEP permitiu ao FAT um acúmulo significativo de patrimônio. Contudo, a partir de 1994, este patrimônio começou a sofrer uma expressiva redução, tendo em vista que "algo em torno de 26% da arrecadação do PIS-PASEP" passou a ser destinado ao Fundo Social de Emergência (FSE) e à sua subseqüente versão - o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF)[853].

---

[849] Os recursos ordinários são remunerados pela Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) e pela Taxa de Juros para Empréstimos e Financiamentos no Mercado Interbancário de Londres (LIBOR). Semestralmente, nos meses de janeiro e julho, o BNDES transfere ao FAT o valor correspondente à remuneração dos recursos ordinários, relativos a TJLP e a LIBOR, sendo a variação da TJLP limitada a 6% ao ano. A diferença entre TJLP e o limite de 6% ao ano é capitalizada junto ao saldo devedor. Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/fat/default.asp - pesquisa realizada em 03-07-05.

[850] Os depósitos especiais do FAT são remunerados pela TJLP a partir da liberação dos empréstimos aos beneficiários finais. Os recursos ainda não utilizados são remunerados pelos mesmos critérios aplicados às disponibilidades de caixa do Tesouro Nacional, atualmente, a taxa SELIC. Os juros e o montante principal da dívida (devidos ao FAT) são quitados de acordo com um cronograma estabelecido em cada Convênio. O Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) (do Banco Central do Brasil) é um sistema informatizado que se destina à custódia de títulos escriturais de emissão do Tesouro Nacional e do Banco Central do Brasil, bem como ao registro e à liquidação de operações com os referidos títulos. Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/fat/default.asp . Data da Pesquisa: 03-07-05.

[851] Em 30 de junho de 2004, o saldo de recursos do FAT no Sistema BNDES era de 73 bilhões. Dividido em: **saldo de recursos ordinários** previstos no artigo 239 da Constituição Federal – R$ 58 bilhões e **saldo de depósitos especiais** – R$ 15 bilhões. Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/fat/default.asp . Data da Pesquisa: 02-05-05.

[852] Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/fat/default.asp - pesquisa realizada em 03-07-05.

[853] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", *In* Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 385-386. Segundo os autores, o pretexto inicial para a criação do Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) era a promoção de um arranjo fiscal temporário que viabilizasse uma melhor administração das finanças públicas, enquanto não se implementava uma verdadeira reforma tributária; porém, este fundo tornou-se permanente e libera recursos ao governo para que este atue segundo suas necessidades, o que, para muitos autores, significa um privilégio dos gastos financeiros em detrimento dos sociais.

Em decorrência das transferências para o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), o fluxo de recursos do FAT não apresenta o equilíbrio de antes, mas, de qualquer modo, pode se considerar que este ainda possui um considerável excedente em seu fluxo de caixa[854].

Tendo em vista o significativo diferencial que o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) representa para o cenário das políticas públicas de trabalho e emprego no Brasil, destacaremos a seguir, a título ilustrativo, alguns programas ou instrumentos utilizados pelo governo brasileiro com o financiamento deste fundo.

V.2.6. Os principais instrumentos (ou programas) de política de trabalho e emprego financiados pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)

Inicialmente, cabe relembrar que as políticas passivas "objetivam assistir financeiramente ao trabalhador desempregado" e as políticas ativas "visam exercer um efeito positivo sobre a demanda de trabalho", cujos instrumentos clássicos são a "criação de empregos públicos, a reciclagem profissional, a intermediação de mão-de-obra, a subvenção ao emprego e, em geral, medidas que elevem a elasticidade do emprego produtivo"[855].

Segundo informações do BNDES, as principais ações de emprego financiadas com recursos do FAT estão estruturadas em torno de dois programas:

---

[854] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 109.
[855] Ibid., pgs. 94 e 95.

(i) o **Programa do Seguro-Desemprego** que abrange as ações de pagamento do benefício do seguro-desemprego, de qualificação e requalificação profissional e de orientação e intermediação do emprego,

(ii) os Programas de Geração de Emprego e Renda (com a execução de programas de fortalecimento de micro e pequenos empreendimentos), cujos recursos são alocados por meio dos depósitos especiais, criados pela Lei nº 8.352, de 28 de dezembro de 1991[856]

Através destes programas, buscou-se estruturar um sistema de políticas públicas de trabalho e emprego. Isto demonstra (por mais deficiente que possa ser) que o Brasil vem procurando maximizar as oportunidades de empregos e democratizar as possibilidades de acesso a essas vagas, através da combinação de instrumentos de políticas ativas e passivas[857].

Entretanto, cabe lembrar que a legislação brasileira vinculou à mesma fonte de custeio instrumentos (ou programas) de naturezas distintas (passiva e ativa), como, por exemplo, os recursos destinados ao programa do seguro-desemprego que abrangem o pagamento do benefício em si e das ações voltadas à qualificação profissional, orientação e intermediação de emprego. Por esta razão, a divisão apresentada a seguir não atende, necessariamente, ao referido critério de custeio.

---

[856] Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/fat/default.asp - pesquisa realizada em 03-07-05.
[857] Ibid., pg. 112.

V.2.6.1. Os instrumentos de política passiva

O Estado brasileiro vem adotando como forma passiva de política pública de emprego por excelência o pagamento de parcelas de seguro desemprego, que "objetivam assistir financeiramente ao trabalhador desempregado".

V.2.6.2. O Programa do Seguro-Desemprego[858]

Em fevereiro de 1986 foi instituído um "Programa de Seguro-Desemprego" que, na prática, não foi um programa efetivo, tendo em vista (*i*) os valores extremamente baixos dos benefícios quando comparados ao último salário do trabalhador, (*ii*) a reduzida abrangência ante o critério de acesso, e (*iii*) a falta de fonte própria de recursos, que gerava uma dependência das disponibilidades de caixa do Tesouro e limitava seu pagamento e sua cobertura.

Posteriormente, algumas mudanças legislativas limitaram consideravelmente a concessão do auxílio-desemprego, cujo recebimento ficou restrito apenas aos trabalhadores desempregados por motivo de fechamento total ou parcial da empresa.

Com a Promulgação da Constituição Federal de 1988, o artigo 239 regulamenta o tema, prevendo em seu caput que a "arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, (...) e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, passa, a partir da promulgação

[858] Este tópico foi elaborado através da
Fonte de Pesquisa: http://www.mte.gov.br/trabalhador/segurodesemp/default.asp - Data da Pesquisa: 03-07-05.

desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo".

Com a instituição do FAT, o seguro-desemprego passa a ser financiado com receitas provenientes, principalmente, do faturamento das empresas, materializando-se em um instrumento compensatório ante os movimentos cíclicos da economia, pois nos anos de elevado nível de atividade o fundo tende a crescer, com o aumento das aplicações, em virtude do incremento da arrecadação do PIS-PASEP e da diminuição do desemprego; e, nos anos de retração cíclica, a maior acumulação observada nos períodos de auge permite atender aos desempregados, cujo número cresce face ao declínio da atividade econômica.

O seguro-desemprego, portanto, deixa de estar atrelado às receitas correntes do governo e pode ser ampliado e aperfeiçoado a partir do retorno das aplicações, o que gera uma forma de financiamento completamente distinta em relação aos demais países, cujos programas de seguro-desemprego são tradicionalmente financiados por receitas orçamentárias, na maior parte das vezes provenientes de contribuições sobre a folha de salários.

Em dezembro de 1991, o Governo Federal, por meio da Lei nº 8.352 de 28 de dezembro de 1991, alterou temporariamente o Programa Seguro-Desemprego, promovendo a abertura de determinados critérios, visando proporcionar uma maior abrangência ao Programa. É importante frisar que esta abertura, prorrogada por meio da Lei nº 8.438, de junho de 1992, da Lei nº 8.561, de dezembro de 1992, da Lei nº 8.699, de junho de 1993 e Lei nº 8.845, de janeiro de 1994, expirou em junho de 1994.

A partir de 1º de julho de 1994, entrou em vigor a Lei nº 8.900/94, que estabeleceu novos critérios diferenciados para a concessão de parcelas do benefício, quais sejam:

(i) **três parcelas**, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, **de no mínimo seis meses e no máximo onze meses**, no período de referência[859],

(ii) **quatro parcelas**, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, **de no mínimo doze meses e no máximo vinte e três meses**, no período de referência,

(iii) **cinco parcelas**, se o trabalhador comprovar vínculo empregatício com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, **de no mínimo vinte e quatro meses**, no período de referência.

O prazo para requerer o benefício é de 07 (sete) a 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da data de sua dispensa. A apuração do valor do benefício tem como base o salário mensal do último vínculo empregatício[860].

O pagamento do benefício do Seguro-Desemprego será suspenso, dentre outras situações, em função da admissão do trabalhador em novo emprego. Neste

[859] Período aquisitivo é o limite de tempo que estabelece a carência para recebimento do benefício. Assim, a partir da data da última dispensa que habilitar o trabalhador a receber o Seguro-Desemprego, deve-se contar os dezesseis meses que compõem o período aquisitivo.

[860] Tal critério é calculado na seguinte ordem: tendo o trabalhador recebido três ou mais salários mensais a contar desse último vínculo empregatício, a apuração considerará a média dos salários dos últimos três meses; caso o trabalhador, em vez dos três últimos salários daquele vínculo empregatício, tenha recebido apenas dois salários mensais, a apuração considerará a média dos salários dos dois últimos meses; caso o trabalhador, em vez dos três ou dois últimos salários daquele mesmo vínculo empregatício, tenha recebido apenas o último salário mensal, este será considerado, para fins de apuração.

caso, o trabalhador poderá receber as parcelas restantes, referentes ao mesmo período aquisitivo, desde que venha a ser novamente dispensado sem justa causa.

Neste ponto, é muito importante considerar a falha deste sistema em não vincular o recebimento deste benefício à postura ativa do trabalhador em conseguir um novo posto de trabalho e à aceitação de uma colocação que se ajuste às suas qualificações, por intermédio de sistemas públicos de emprego e assinatura de termo de compromisso de atividade[861].

O direito espanhol, por exemplo, prevê que a ação protetora à situação legal de desemprego compreenderá, dentre outros pontos, o "pagamento do subsídio por desemprego" e as "ações específicas de formação, aperfeiçoamento, orientação, reconversão e inserção profissional em favor dos trabalhadores desempregados, e aquelas outras que tenham por objeto o fomento do emprego estável. Tudo isso, sem prejuízo, em seu caso, das competências de gestão das políticas ativas de emprego (...)"[862].

V.2.6.3. Os instrumentos de política ativa

No Brasil, entre os principais instrumentos de política ativa estão os **Programas de Geração de Emprego e Renda** e os **Programas de Qualificação Profissional**. Aponta-se, a seguir, alguns destes programas e suas principais características, procurando-se ter uma idéia dos montantes dos recursos do FAT a eles destinados.

---

[861] Neste sentido, ver "Ley General de la Seguridad Social", que regulamenta a situação legal de desemprego no ordenamento jurídico espanhol, especialmente no Título III – Protección Por Desempleo – Capítulo I e II – arts. 203 a 208. Na sistemática adotada por esta Lei, para o recebimento do benefício, o trabalhador necessariamente deve passar por um desemprego forçado. Arts. 207, c, e 208.2.2.

[862] Artigo 206. 1.2. e 2 da "Ley General de Seguridad Social" espanhola.

V.2.6.3.1. Os Programas de Geração de Emprego e Renda[863]

Os programas de geração de emprego e renda via crédito, apresentados a seguir, foram inseridos no quadro das políticas ativas de emprego no Brasil a partir da segunda metade dos anos noventa. Apesar de apresentarem importantes diferenças entre si, destinam-se à geração de postos de trabalho e à melhoria de condições de vida da população[864].

a) Programa de Geração de Emprego e Renda - PROGER

O Programa de Geração de Emprego e Renda - PROGER foi instituído pelo MTE e pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalho (CODEFAT), com base na Resolução do CODEFAT n. 59, de 25 de março de 1994.

O PROGER tem por finalidade a promoção de ações que gerem empregos e renda, mediante concessão de linhas especiais de crédito a setores que usualmente têm pouco ou nenhum acesso ao sistema financeiro, tais como pequenas e microempresas, cooperativas, formas associativas de produção e iniciativas de produção próprias da economia informal.

Os recursos do PROGER são distribuídos via agentes financeiros (Banco do Brasil, Banco do Nordeste, CAIXA e BNDES), com encargos que montam a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) mais juros de até 6% ao ano. Este

[863] O texto citado a seguir e as informações disponíveis na *home-page* do BNDES foram utilizados como referência bibliográfica para o desenvolvimento deste tópico: Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", In Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 390 a 395.

[864] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", In Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 399.

programa foi subdivido em PROGER Urbano[865] e PROGER Rural[866], tendo em vista os objetivos a serem atendidos em cada área e, conseqüentemente, a diferenciação na destinação dos recursos necessários para o alcance dos mesmos.

No que diz respeito ao PROGER Urbano, a doutrina especializada aponta que as operações dirigidas às pessoas físicas foram uma forma de se conceder crédito para o setor informal e, em diversas Unidades da Federação, foram associadas a uma linha de crédito do então chamado "Banco do Povo" ou equivalente, que na verdade constituía uma tentativa de executivos estaduais e municipais de ampliar as operações de micro-crédito e, de alguma forma, atribuir caráter local a um programa federal[867].

Posteriormente à criação destes, criou-se o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - PRONAF, cujo embrião se deu no âmbito do PROGER Rural.

---

[865] PROGER Urbano - Como visto, os seus termos iniciais foram definidos pela Resolução do CODEFAT n. 59 de 25.03.94. Assim, naquele momento o programa tinha por finalidade "incrementar a política pública de combate ao desemprego, no meio urbano, mediante financiamentos a micro e pequenos empreendedores privados, nos setores formal e informal da economia, com apoio técnico do SEBRAE e outras entidades credenciadas, em operações de investimento e capital de giro, que gerem emprego e renda. Tem como público-alvo as pessoas físicas e jurídicas, suas cooperativas e associações de produção, bem como os profissionais liberais, recém-formados, trabalhadores autônomos, prestadores de serviço em geral, artesãos e pequenos e micro negócios familiares".

[866] PROGER Rural - Instituído pela Resolução do CODEFAT n. 82, de 03-05-95, em sua versão inicial tinha a "finalidade de fixar o homem no campo, incrementar sua atividade produtiva e propiciar melhoria da qualidade de vida no meio rural. Destinava-se aos pequenos e mini produtores rurais, inclusive às atividades pesqueira, extrativa vegetal e de aqüicultura, mediante linhas de crédito de investimento e de custeio, de forma individual ou coletiva, em operações que gerem emprego e renda. Conta com apoio técnico da EMATER e outras atividades de assistência técnica e extensão rural credenciadas. Está sujeito às normas contidas no Manual do Credito Rural (MCR) do Banco Central". Para ter acesso ao crédito deste programa, o produtor rural deveria se enquadrar no seguinte perfil: a) ser proprietário, posseiro, arrendatário ou parceiro de área de terra não superior a quatro ou seis módulos fiscais, conforme legislação em vigor, b) estar executando o trabalho de forma direta e pessoal, com ou sem auxílio da família, admitida a ajuda de terceiro quanto a atividade o exigir, c) comprovar renda bruta anual de até R$ 48 mil, com a comprovação de no mínimo de 80% oriunda da atividade agropecuária ou extrativa vegetal.

[867] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", In Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 391 e 392.

b) Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - PRONAF

O Programa foi instituído pelo Conselho Monetário Nacional em 24-08-95. Sua primeira alocação de recursos se deu com base na Resolução do CODEFAT n. 93, de 14-09-95, aparada, posteriormente, pelo Decreto Presidencial n. 1.946, de 28-06-96.

O PRONAF foi criado com a finalidade de propiciar condições para o aumento da capacidade produtiva, geração de emprego e melhoria da renda, mediante fornecimento de crédito e assistência aos agricultores familiares. Apesar de mais de 80% de seus recursos serem originários do FAT, "o PRONAF é coordenado pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário"[868].

c) Programa de Expansão do Emprego e Melhoria da Qualidade de Vida do Trabalhador - PROEMPREGO

O PROEMPREGO foi instituído com base na Resolução do CODEFAT n. 103, de 06-03- 96, mas as operações típicas do Programa foram iniciadas em 1995. Desde a sua concepção está dirigido a setores estratégicos, tendo como objetivo "criar novos empregos, incrementar a renda do trabalhador, proporcionar a melhoria da qualidade de vida da população, em especial das camadas de mais baixa renda, e propiciar a diminuição de custos de produção no

[868] Fonte de pesquisa: http://www.mte.gov.br/trabalhador/fat/relatorioger/fat99/cap4.asp - pesquisa realizada em 07-07-05. Seu objetivo, portanto, é "promover e o desenvolvimento sustentado no meio rural, proporcionando o aumento da produção, a geração de ocupações produtivas e a melhoria da renda e da qualidade de vida no campo, criando novas perspectivas para o agricultor e sua família, reduzindo, assim, o êxodo rural, principal responsável pelo crescimento desordenado das periferias dos grandes centros nas últimas décadas. Conta também com o apoio técnico da EMATER, de cooperativas rurais e outras entidades de assistência técnica e extensão rural".

contexto internacional, preservando e expandindo as oportunidades de trabalho e assegurando o equilíbrio do meio-ambiente”[869].

O Programa teve até agora duas versões, o PROEMPREGO I[870] e o PROEMPREGO II[871]. A primeira versão foi instituída por meio das Resoluções - CODEFAT nº 103, de 6 de março de 1996, e nº 104, de 17 de abril de 1996, e a segunda foi criada a partir da Resolução - CODEFAT nº 207, de 19 de abril de 1999.

Até o ano 2000, a importância do FAT alocada no PROEMPREGO I foi de R$ 3,5 bilhões. O BNDES destinou R$ 2,5 bilhões, e os tomadores dos empréstimos destinaram R$ 3,0 bilhões a título de contrapartida. Nesta medida, o montante total de recursos destinados ao Programa até aquela data foi de R$ 9,0 bilhões. E no PROEMPREGO II o montante de recursos alocado foi de cerca de R$ 1 bilhão, dos R$ 3,5 bilhões que foram destinados.

Feitos estes esclarecimentos iniciais, cabe transcrever os comentários de estudiosos do tema:

---

[869] Fonte de pesquisa: http://www.mte.gov.br/trabalhador/fat/relatorioger/fat99/cap4.asp - pesquisa realizada em 07-07-05.

[870] Este programa destinou recursos ao financiamento de investimentos em: transporte coletivo de massa, saneamento ambiental, infra-estrutura turística, obras de infra-estrutura voltadas para a melhoria da competitividade do País e revitalização de subsetores industriais em regiões com problemas de desemprego. No PROEMPREGO I, o setor que mais demandou financiamentos foi o de Transporte coletivo de massa, seguido dos investimentos em Infra-Estrutura para a Melhoria da Competitividade. Desde seu início, os financiamentos concedidos aos metrôs de São Paulo, Rio de Janeiro e Distrito Federal são os grandes destaques do subprograma *Transporte Coletivo de Massa*.

[871] O PROEMPREGO II possui dois conjuntos distintos de investimentos com elevado potencial de geração de empregos: o subprograma *Melhoria da Qualidade de Vida do Trabalhador*, com investimentos em saúde, saneamento ambiental, educação, transporte coletivo de massa, programa de melhoria da administração tributária municipal (PAT) e projetos multisetoriais integrados (PMI); e o subprograma *Expansão do Emprego*, com investimentos em comércio e serviço, energia, telecomunicações, infra-estrutura viária e construção naval, pequenas e médias empresas e apoio a atividades de exportação. No PROEMPREGO II, os principais subprogramas foram *Comércio e Serviços e Energia*. Os desembolsos por subprograma ficaram assim distribuídos, no final do período: A distribuição regional dos recursos do PROEMPREGO I revela que a Região Sudeste foi a beneficiária da maior parte dos recursos (59%), seguida pela Região Nordeste, com 16%. No PROEMPREGO II, a maior beneficiária também foi a Região Sudeste, com cerca de 45% dos recursos, seguida pela Região Sul (25%) e pela Região Centro-Oeste (12%).

> "Nesta seção, discutem-se, com base nas evidências empíricas disponíveis, prováveis efeitos de emprego derivados dos programas em análise. Observações iniciais devem ser feitas com respeito ao PROEMPREGO. Já foi registrado acima que, rigorosamente, a magnitude do volume de recursos do FAT destinados a esses programas clama por um mecanismo permanente de avaliação de impactos e da relação benefício-custo. No PROEMPREGO, a única informação a que se pode recorrer no momento é a gerada pelo próprio BNDES. (...)"[872].

d) Programa de Promoção do Emprego e Melhoria da Qualidade de Vida do Trabalhador - PROTRABALHO

O PROTRABALHO foi instituído pela Resolução do CODEFAT n. 171 de 27-05-98, visando "financiar projetos estruturais em setores estratégicos voltados para a organização de pólos de desenvolvimento integrado, dentro da visão de cadeia produtiva e sustentabilidade dos empreendimentos financiados, com ênfase na competitividade do setor produtivo"[873].

O PROTRABALHO foi dividido em duas fases: a primeira - PROTRABALHO I[874] - de julho de 98 a junho de 99; a segunda -

---

[872] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", In Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 391 e 392.

[873] É dirigido a "pequenas, médias e grandes empresas industriais, agro-industriais, comerciais, de turismo e de serviços, em empreendimentos localizados na área de atuação do Banco do Nordeste, ou seja, a Região Nordeste, Norte de Minas Gerais, Vale do Jequitinhonha e Norte do Estado do Espírito Santo".

[874] O Programa de Promoção do Emprego e Melhoria da Qualidade de Vida do Trabalhador - PROTRABALHO I foi instituído pela Resolução do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT nº 171, de 27 de maio de 1998, com o objetivo de implementar as atividades, processos, serviços, pesquisas e desenvolvimento em áreas estratégicas para fazer progredir os pólos de desenvolvimento integrado e outros setores/atividades na Região Nordeste e norte de Minas Gerais, para a geração de emprego e renda. A Resolução definiu três áreas prioritárias de investimento: a atividade rural,

PROTRABALHO II[875] - de julho de 99 a outubro de 2000[876]. O agente financeiro desse Programa é Banco do Nordeste, e o saldo final de 1999 para o PROTRABALHO I e II correspondia a cerca de R$ 508 milhões.

e) Outros Programas financiados com recursos do FAT

Dentre os diversos Programas que recebem recursos do FAT pode-se destacar:

Programa de Crédito Produtivo Popular - PCPP[877],

Programa FAT Fomentar[878]. O montante global de recursos do FAT repassados ao Programa foi definido em até R$ 1 bilhão, alocados ao BNDES sob a forma de depósito especial remunerado, conforme estabelecido na Resolução nº 353, de 05/08/2003. Em 01/03/2004 o

---

as atividades industriais, agroindustriais, de turismo e serviços e as cooperativas e associações de produção. Ao PROTRABALHO I foram destinados R$ 300 milhões de reais do FAT à primeira versão do programa que, somados à contrapartida da instituição (R$ 300 milhões) e dos beneficiários (R$ 200 milhões), resultam num montante de R$ 800 milhões.

[875] O PROTRABALHO II foi autorizado pela Resolução - CODEFAT nº 210, de 19 de maio de 1999. Por sua vez, o PROTRABALHO II recebeu recursos da ordem de R$ 200 milhões (dos R$ 300 milhões que foram autorizados pelo Conselho). A Resolução definiu que estes recursos fossem investidos prioritariamente em pólos de investimento integrado, subsetores rurais, agroindustrais, industriais, de comércio e serviços, saneamento básico e reciclagem de lixo e setor de turismo.

[876] Tem-se conhecimento da existência de um novo programa: PROTRABALHO III; mas, por ocasião da pesquisa, não havia dados concretos disponíveis na página pesquisada sobre ele. Fonte de pesquisa: http://www.mte.gov.br/trabalhador/fat/relatorioger/fat99/cap4.asp - pesquisa realizada em 07-07-05.

[877] O Programa de Crédito Produtivo Popular (PCPP) é um instrumento do BNDES, operacionalizado por mais de vinte Sociedades de Crédito ao Micro-empreendedor (SCMs), Organizações Não-Governamentais (ONGs) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), denominadas clientes, que realizam a intermediação financeira com os beneficiários finais, que são exatamente os micro-empreendedores, formais ou informais. Neste caso, o agente financeiro é o próprio BNDES, que estende a rede mediante convênios com os Clientes (ONGs, SCMs, OSCIPs), que também desempenham o papel de agentes financeiros, pois administram os créditos a serem fornecidos para os beneficiários finais. Pela sua especificidade cabe destacar que os financiamentos realizados por este programa oferecem condições distintas para os chamados Clientes e para os Beneficiários Finais, os prazos são de até oito anos para os Clientes, e de quatro meses, em média, para os Beneficiários Finais, variando segundo cada instituição; os encargos financeiros são TJLP para os primeiros e taxa média de 4% ao mês para os segundos, também variando segundo a instituição; o teto financiável é de R$ 3 milhões por operação para os Clientes e de R$ 10 mil para cada Beneficiário Final.

[878] O Programa FAT - Fomentar, instituído pelo CODEFAT por intermédio da Resolução nº 345, de 10/07/2003, tem como objetivo a geração de emprego e renda por meio do financiamento ao investimento produtivo de micro, pequenas e médias empresas, a ser operado pelas instituições financeiras oficiais federais. Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/fat/default.asp - pesquisa realizada em 03-07-05.

BNDES recebeu a última parcela do montante destinado ao Programa FAT - Fomentar, no valor de R$ 250 milhões. A Resolução nº 415 do CODEFAT, de 23/12/2004, alterou a Resolução nº 345, autorizando o aumento da dotação de recursos do FAT - Fomentar de até R$ 1 bilhão para até R$ 2,4 bilhões. Segundo a Resolução nº 416, de 23/12/2004, o CODEFAT autorizou a alocação de R$ 1,4 bilhão para a concessão de financiamentos no âmbito do Programa. A partir da Resolução do CODEFAT nº 437, de 02/06/2005, o Programa FAT-FOMENTAR, passa a se destinar não só às micros, pequenas e médias empresas como também às empresas de grande porte,

Programa FAT Exportar[879]. O montante global de recursos do FAT a serem repassados ao Programa está definido em até R$ 1,5 bilhão e alocados ao BNDES sob a forma de depósito especial remunerado, conforme estabelecido na Resolução nº 352, de 05/08/2003. Em 29/06/2004 o BNDES recebeu a última parcela do montante destinado ao Programa FAT - Exportar, no valor de R$ 250 milhões. A Resolução nº 413 do CODEFAT, de 23/12/2004, alterou a Resolução nº 344, autorizando o aumento da dotação de recursos do FAT - Exportar de até R$ 1,5 bilhão para até R$ 2,6 bilhões. Segundo a Resolução nº 414, de 23/12/2004, o CODEFAT autorizou a alocação de R$ 1,1 bilhão para a concessão de financiamentos no âmbito do Programa. A partir da Resolução nº 441, de 02/06/2005, que dispõe sobre a Programação Anual de Depósitos Especiais - PDE, ficou autorizado o remanejamento de R$ 1,1 bilhão do

[879] Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/fat/default.asp - pesquisa realizada em 03-07-05.

Programa FAT - EXPORTAR para o Programa FAT - INFRA-ESTRUTURA,

O Programa FAT INFRA-ESTRUTURA[880]. Para o ano de 2005 estava previsto pelo BNDES um aporte de recursos da ordem de R$ 5,7 bilhões, sendo R$ 1.425 milhões para a linha de financiamento de insumos básicos e bens de capital sob encomenda e R$ 4.275 milhões para a linha de financiamento de infra-estrutura econômica,

FAT - Cambial[881]. Segundo a Resolução nº 320 do CODEFAT, emitida em 29 de abril de 2003, uma parcela de até 50% dos recursos ordinários do FAT pode ser utilizada para financiamento de empreendimentos e projetos que visam à produção e comercialização de bens com reconhecida inserção internacional,

Fundo de Aval para a Geração de Emprego e Renda - FUNPROGER. Além dos programas para micro e pequenos empresários, deve-se destacar a criação do Fundo de Aval para a Geração de Emprego e Renda - FUNPROGER. Basicamente, o Fundo restringe as garantias reais que precisam ser apresentadas pelo tomador do empréstimo ao agente financeiro - fazendo com que um número maior de

---

[880] O Programa FAT INFRA-ESTRUTURA foi instituído pela Resolução nº 438 do CODEFAT, de 02/06/2005, tem como finalidade o apoio financeiro para implantação, ampliação, recuperação e modernização nos setores de infra-estrutura, insumos básicos e bens de capital sob encomenda, estimulando o investimento e o emprego no país. Subdividido em duas linhas de crédito, o Programa destinará 75% dos recursos para (i) Infra-estrutura econômica, fomentando os setores de energia, telecomunicações, saneamento, transporte urbano e logística e 25% para (ii) Insumos básicos, contemplando as indústrias de base, química e de papel e celulose, além de bens de capital sob encomenda. Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/fat/default.asp - pesquisa realizada em 03-07-05.

[881] Para esta parcela de recursos, que integrarão o programa FAT - Cambial, bem como os saldos devedores dos financiamentos com eles concedidos, seu contra-valor em reais será determinado com base na taxa do dólar norte-americano e serão remunerados pela Libor. Fonte de pesquisa: http://www.bndes.gov.br/empresa/fundos/fat/default.asp - pesquisa realizada em 03-07-05.

> empreendedores tenha acesso ao apoio creditício dos Programas de Geração de Emprego e Renda.

A enumeração detalhada de todos estes Programas de Geração de Emprego e Renda via crédito, inseridos no quadro das políticas ativas de emprego no Brasil, objetivou demonstrar a magnitude de recursos do FAT destinados a seus financiamentos, sem quaisquer mecanismos de controle objetivo de seus resultados. Sem falar que, "neste contexto, é muito forte a hipótese de intermediação política na destinação desses recursos"[882].

Assim, concluímos com as observações de Roberto Lima e Tarcisio Araújo, quando comentam que é preciso "inserir a política de emprego e renda em uma estratégia maior de desenvolvimento, que leve em conta diferenças regionais e, no caso do meio rural, a criação de uma agricultura familiar moderna e sustentável. O complemento indispensável de tal estratégia é desenvolver sistemas permanentes de monitoramento da execução dos programas e de avaliação dos impactos de emprego. A ampliação e o aperfeiçoamento dos mecanismos de apoio na sociedade civil, para o monitoramento, são peças indispensáveis (...)"[883].

Feitas estas considerações, cabe tecermos alguns comentários quanto aos Programas de Formação e Qualificação Profissional, desenvolvidos no cenário nacional.

V.2.6.3.2. Os programas de qualificação profissional

No Brasil, a discussão sobre a necessidade de se implantar uma política de formação de recursos humanos tem início com a transição da sociedade

---

[882] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", In Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 410.

[883] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", In Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 416.

tradicional-agrária para a sociedade industrial-urbana, em função da falta de capacitação da mão-de-obra migrante daquele período.

Na década de 40 criou-se o SENAI[884] e o SENAC[885] e, no início de 70, deu-se início ao ensino profissionalizante[886]. Em 1975, criou-se o SINE[887] e em 1976 o SENAR[888] e o SNFMO[889], que objetivava aglutinar e coordenar todos os órgãos de formação profissional[890].

Segundo Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "esse sistema, que pretendia formar os recursos humanos necessários à 'modernização' da sociedade, entra em crise com o próprio modelo desenvolvimentista"[891].

O SINE perdeu suas referências e entrou em processo de desagregação, mas ainda hoje existe em poucos Estados, embora de forma muito precária. O SENAI, o SENAC e o SENAR não possuem uma política global que atenda ao conjunto dos trabalhadores, especialmente aos desempregados, e restringem suas atividades notadamente às demandas do setor moderno da economia[892].

Com a aprovação da Lei n. 8.900/94, que estabelece que uma das finalidades do seguro-desemprego é a qualificação do trabalhador, deu-se um

---

[884] Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial.
[885] Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial.
[886] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 102.
[887] Sistema Nacional de Emprego.
[888] Sistema Nacional de Aprendizagem Rural.
[889] Sistema Nacional de Formação de Mão-de-obra.
[890] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 102.
[891] "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 102.
[892] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 102.

passo significativo para que a força de trabalho brasileira integrasse o público-alvo das políticas de emprego[893].

Contudo, apesar dos serviços de intermediação e formação profissional se estenderem a todos os trabalhadores, inclusive, do setor informal, o desempregado não está sujeito a critérios de recolocação no mercado de trabalho ou de reciclagem profissional. Há quem entenda que este fato decorre, em grande medida, da falta de condições, tanto no âmbito federal quanto no estadual, para o desenvolvimento destas ações, que, tradicionalmente, estão relegadas ao segundo plano[894].

Como fator de ineficácia e ineficiência destas políticas, destaca-se também a falta de articulação das instituições voltadas para a formação do trabalhador, como é o caso das entidades privadas de formação profissional que não deixam de receber recursos públicos, como, por exemplo, o SENAI e o SENAC[895]. O SINE[896], que poderia ser um elemento importante neste processo, pouco colaborou para uma melhoria no atendimento e apoio ao desempregado, pois os serviços ali prestados, de modo geral, são bastante precários[897].

Nesta medida, destaca-se que "a formação profissional no Brasil, como instrumento de uma política pública centrada na iniciativa do Governo Federal - ou seja, excluindo-se a experiência do Sistema S (SENAI, SENAC etc.), financiada com recursos para-fiscais e conduzida pelo setor empresarial - tem

---

[893] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 114.
[894] Ibid., pg. 109.
[895] Ibid., pg. 110.
[896] Sistema Nacional de Emprego.
[897] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 110.

como marco temporal o ano de 1995, cinco anos depois da criação do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador)”[898].

Procurando identificar o que mudou na política nacional de qualificação profissional no Brasil desde então, um estudo muito interessante traça um paralelo entre as Políticas de Qualificação adotadas no Brasil desde então. Os autores concluem o seguinte:

> “Na verdade, muito pouco mudou. Afora a alteração na denominação do Programa [PNQ], e a exigência de aumento da média de carga horária (com tendência a uniformização em 200 horas) - o que pode ser benéfico, desde que o conteúdo programático e os recursos pedagógicos sejam adequados - o Programa continua sendo desenvolvido em condições semelhantes ao que sempre prevaleceu no PLANFOR. Acrescente-se que algumas mudanças anunciadas e não implementadas, a exemplo da sistemática de acompanhamento de avaliação, tornam o Programa ainda mais frágil. Na realidade, a supressão, para os Estados, dos recursos anteriormente destinados a supervisão, acompanhamento e avaliação (externa e de egressos), permitem que a política de qualificação seja executada sem qualquer controle social e sem que se tenha idéia de seus efeitos. Destaquem-se, nesse aspecto, as iniciativas estaduais - a exemplo de Pernambuco - de alocação de recursos do Tesouro estadual para, pelo menos, atender à necessidade de supervisão.
>
> Por fim, reitere-se que a grande redução dos recursos para os governos estaduais - associada à desarticulação do sistema de avaliação pré-existente, sem substituição adequada - limita bastante o alcance do Programa, além de **eliminar possibilidades de um efetivo controle social da política de qualificação profissional**”[899].

No tocante ao controle social da política de qualificação adotada no país, os autores indicam:

---

[898] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima. “PNQ e PLANFOR: o que mudou na política brasileira de qualificação profissional?”, pg. 31.
[899] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima. “PNQ e PLANFOR: o que mudou na política brasileira de qualificação profissional?”, pg. 53.

> " (...) e aqui floresce uma das grandes contradições da política nacional de qualificação profissional ancorada em recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador: o desenho institucional do programa constitui, no papel, uma estratégia em que a sociedade civil é chamada a participar ativamente da identificação de demandas, do planejamento das atividades e do processo de monitoramento e avaliação; no entanto, o quotidiano do Programa está longe de satisfatório em termos de eficiência, controle social, otimização do uso dos recursos[900].

Verifica-se, portanto, que o programa de qualificação atualmente implementado no Brasil não tem alcançado os seus objetivos iniciais e, além disso, apresenta problemas concretos no que diz respeito à otimização e ao controle social dos recursos públicos advindos do FAT para a sua execução.

Uma vez examinados os principais programas de políticas públicas de emprego no Brasil, teceremos algumas considerações com base na literatura especializada, sobre a utilização dos recursos do FAT no desenvolvimento dos mesmos.

V.2.7. Algumas considerações sobre as políticas públicas de trabalho e emprego no Brasil

Há quem destaque que "a ausência de uma articulação institucional que viabilize a estruturação de um sistema público de emprego, associada à relativa

[900] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima. "PNQ e PLANFOR: o que mudou na política brasileira de qualificação profissional?", pg. 53.

folga financeira do FAT, fez com que este fundo se tornasse prisioneiro dos chamados *lobbies* no interior do governo federal”[901].

Esta circunstância tem gerado significativos desvios na aplicação destes recursos, como exemplo, para “o pagamento de hospitais conveniados com o INAMPS” e para “as sucessivas destinações ao custeio da safra agrícola”. Tais aplicações “foram feitas basicamente por medidas provisórias e por uma um-dança na legislação que permitiu a aplicação das disponibilidades financeiras do FAT, por meio de depósitos especiais, em instituições financeiras oficiais federais”[902].

Quando o Brasil começou a politizar o problema da fome e da miséria, a geração de emprego e renda foi considerada uma complementação natural das ações que procuram abrandar a indigência em curto prazo. Neste sentido, procurou-se instaurar uma política oficial de emprego, com base nos recursos do FAT, cujo principal beneficiário deveria ser o trabalhador de baixa renda[903].

Em função das articulações desta campanha, o CODEFAT aprovou uma linha de crédito especial para financiar programas de geração de emprego e renda, essencialmente no âmbito de micro e pequenas empresas, cooperativas e setor informal, bem como para fomentar a incorporação de conhecimentos nos processos produtivos, incluindo a educação e reciclagem de trabalhadores[904].

---

[901] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, “Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios”, pg. 111.
[902] Ibid., pg. 111.
[903] Ibid., pg. 111.
[904] Ibid., pg. 111. Segundo os autores, as principais características deste programa seriam: a) a descentralização (participação dos estados, especialmente por intermédio dos SINEs); b) o controle da sociedade civil, por meio dos conselhos estaduais e municipais do trabalho; e c) a concessão do financiamento associado à capacitação, formação e reciclagem de mão-de-obra empregada nos projetos.

Esta linha de crédito que, em princípio, poderia ser uma boa combinação de política ativa com controle social[905], não gerou os resultados esperados e encontrou inúmeros problemas para a sua implementação, tendo em vista que: *(i)* mais de um ano depois da aprovação dos recursos pelo CODEFAT, apenas 31% do total aprovado foram aplicados, *(ii)* não se verificou um critério espacial de alocação dos recursos[906], *(iii)* o Banco do Brasil teve dificuldades para adaptar seus critérios às exigências feitas pelos conselhos estaduais e *(iv)* os SINEs, órgãos que deveriam ter uma participação fundamental na implementação dos programas, continuaram totalmente desapare-lhados[907].

Como se pode notar, em nosso país a ausência de estratégias, tanto em curto e longo prazo, gera uma incerteza sobre as ações a serem desenvolvidas, o que impossibilita a existência de uma política de emprego eficiente e eficaz. Sem falar nas dúvidas existentes sobre o montante de recursos a serem recebidos no ano e seu cronograma de desembolsos[908].

Diferentemente de outros âmbitos das políticas sociais, que enfrentam sérias dificuldades de financiamento, o país conta com uma fonte sólida e considerável de recursos a ser destinada inteiramente a uma política de emprego, pois além dos recursos acumulados (o patrimônio do FAT), a arrecadação do

---

[905] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 112. Como referido na nota 129, uma das características do programa era o controle da sociedade civil por meio dos conselhos estaduais e municipais do trabalho.

[906] Ibid., pg. 112, nota 19. Para os autores, a falta de critérios para a distribuição entre os estados leva a que sejam beneficiados aqueles espaços com maior desenvolvimento relativo. A região sul, naquela ocasião, foi beneficiada com 60,33% dos recursos efetivamente emprestados pelo Banco do Brasil.

[907] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 112.

[908] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 109 –110. Segundo os autores, no ano de 1995 o CODEFAT só aprovou o orçamento para os SINEs (atendimento do seguro-desemprego, intermediação de mão-de-obra, reciclagem e qualificação profissional, apoio ao Programa de Geração de Emprego e Renda (PROGER), e estudos e pesquisas sobre emprego) no mês de julho, cujos recursos começaram a ser transferidos em agosto, ou seja, os SINEs ficaram sem nenhum apoio financeiro do FAT durante os seis primeiros meses daquele ano.

PIS-PASEP representa 1% do PIB. Isto, por si só, coloca o Brasil em posição igual ou superior a muitas economias desenvolvidas[909].

Contudo, apesar de existirem vultosos recursos para a implementação de políticas públicas de trabalho e emprego (em suas formas ativa e passiva), estas são ineficazes, seja por incompetência em sua gestão, seja por desvio dos recursos a outras áreas, eleitas "discricionariamente" pelo administrador como mais relevantes.

Isto quando não se constata o desvio destes recursos para obtenção de vantagens próprias ou corporativas, como, por exemplo, nos casos dos cursos-fantasma e das dissimulações nas bases de dados dos registros dos cursos de qualificação profissional[910]. A estes fatores deve-se conjugar o precário sistema público educacional vigente no país, pois ele tem influência direta na qualidade da força de trabalho brasileira, que é seriamente deficitária.

Neste ponto, deve-se considerar que "a idéia de se sanar deficiências do ensino básico via cursos considerados profissionalizantes, embora sejam apenas de formação básica, não parece o caminho adequado para a qualificação profissional no País"[911].

Nesta medida, a organização de um Sistema Público de Emprego é um passo indispensável para estruturar uma política que, de forma eficaz e eficiente (princípio da eficiência da administração pública), associe o auxílio financeiro ao desempregado com a intermediação e reciclagem. As fraudes ao Programa do

---

[909] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 113.
[910] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima. "PNQ e PLANFOR: o que mudou na política brasileira de qualificação profissional?", pg. 53.
[911] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima. "PNQ e PLANFOR: o que mudou na política brasileira de qualificação profissional?", pg. 53.

Seguro-Desemprego devem ser combatidas por ações que associem de forma obrigatória, benefício, qualificação e intermediação[912].

Na prática, entretanto, esse processo de reestruturação dos SINEs com financiamento do FAT mostra-se lento e desigual face às disparidades regionais. Para alguns autores, isso denota a necessidade de descentralização desse sistema e a possibilidade de o poder Federal induzir, mas nunca impor as mudanças necessárias em cada âmbito[913].

Neste sentido, há quem advirta que os recursos do FAT não devem ser vistos como uma possibilidade de atenuar as restrições fiscais no âmbito dos Estados, e, nesta medida", **há que existir um controle externo que fiscalize a eficácia e a eficiência dos recursos alocados**[914].

Alguns autores sugerem que esta fiscalização se materialize nas ONGs, Universidades e entidades da sociedade civil, mas aqui devemos inserir a possibilidade de que este controle externo ocorra de forma direta pelo próprio cidadão, ou através de seus representantes legais, via poder judiciário. Daí a importância do dever do Estado de informar e disponibilizar os resultados oficiais de todas as políticas públicas implementadas.

Diante disso, percebe-se que a eficácia dos programas sociais depende fortemente da relação entre Estado e sociedade na formulação e na

---

[912] Beatriz Azeredo e Carlos A. Ramos, "Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios", pg. 113.
[913] Ibid., pg. 113. De acordo com os autores, essa eficiência passa pelo estudo de cada mercado de trabalho regional, a fim de identificar os grupos mais afetados pelo desemprego e as causas dessa vulnerabilidade, pois já se comprovou que os programas massivos são ineficazes e ineficientes.
[914] Ibid., pg. 113-114.

implementação desses programas e, portanto, do **grau de controle social sobre a destinação e o uso dos recursos disponíveis**[915].

Por fim, devemos advertir que ainda que o sistema de políticas públicas de trabalho e emprego alcance a máxima eficiência e eficácia (e isto é apenas uma suposição), essas políticas não podem compensar a falta de dinamismo econômico do país[916].

Desta forma, afirma-se que "se o processo é tão mais penoso quanto mais demorada for a retomada do crescimento econômico em base sustentável, os ganhos em termos de controle social das políticas públicas podem se tornar permanentes e serem estratégicos numa perspectiva de médio e longo prazos"[917].

Certamente, insere-se neste contexto a fiscalização das ações dos poderes públicos pela sociedade via Poder Judiciário, especialmente neste campo de políticas públicas de trabalho e emprego, em que se verifica uma considerável reserva de dinheiro público à sua disposição.

V.2.8. A necessária fiscalização das Políticas Públicas de Trabalho e Emprego no Brasil

Muitos direitos de natureza econômica, social e cultural, apesar de estarem previstos em normas constitucionais e/ou infraconstitucionais não possuem efetividade. Este é o caso do direito ao trabalho em sua vertente coletiva no Brasil, que, apesar de ser reconhecido como um direito fundamental na

[915] Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima, "Avanços e Impasses da Política de Emprego no Brasil: discussão com foco no Proger e no Planfor", In Tarcisio Patrício de Araújo; Roberto Alves de Lima (orgs.), "Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego", pg. 384.
[916] Ibid., pg. 389.
[917] Ibid., pg. 389.

Constituição Federal de 1988 e ser regulamentado por legislação infraconstitucional, tem se sujeitado a políticas públicas de trabalho e emprego ineficazes, conforme já demonstrado.

Nesta medida, procura-se adaptar os estudos realizados no item II.6.2.2. sobre a omissão ou ação ineficaz da Administração na efetivação das políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais para o campo concreto das políticas de trabalho e emprego no Brasil, notadamente, no que diz respeito à utilização dos recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador[918].

Lembramos que as obrigações de cumprir[919] e de fazer requerem que o Estado adote medidas políticas, administrativas, fiscais e judiciais para alcançar a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais. E que o direito ao trabalho, ao assumir a estrutura de um princípio no texto constitucional de 1988, expressa "deveres e direitos *prima facie*", o que faz com que o seu grau de realização possa variar[920].

Contudo, esta variabilidade de realização dentro das medidas fáticas e juridicamente possíveis em um determinado caso concreto, não pode permitir a falta de efetivação do direito ao trabalho, enquanto que as ações dos poderes públicos se encontram protegidas sob o manto da "discricionariedade". Nesta diretriz, cabe averiguar se a ação civil pública pode ser considerada mecanismo jurídico adequado para tal fiscalização.

---

[918] Elaine Martins Parise, "O Papel do Poder Judiciário e do Ministério Público na Implementação de Políticas Públicas", In Dayse Starling Lima Castro (Org.), "Direitos Difusos e Coletivos: coletânea de artigos", pg. 48.

[919] Como exemplo cita a violação à obrigação de cumprir os direitos econômicos, sociais e culturais o não atendimento primário à saúde daqueles que necessitam.

[920] Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", pg. 612.

V.2.9. A Ação Civil Pública como instrumento de fiscalização

Como já analisado, o direito ao trabalho, quer em suas dimensões individual ou coletiva, mostra-se como um direito transindividual, e a sua titularidade ativa e passiva se delineará segundo cada caso concreto[921].

Assim, nos casos de lesões do direito ao trabalho, especialmente em sua dimensão coletiva, visualiza-se a possibilidade de sua defesa mediante Ação Civil Pública, nos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que acrescentou o inciso IV ao artigo 1º da referida Lei da Ação Civil Pública, permitindo a tutela de "*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*", ainda que não especificamente previstos em lei, mas decorrentes do sistema.

Desta forma, na medida em que os poderes públicos vinculam-se concretamente à "busca do pleno emprego", através de políticas públicas de trabalho em emprego (ativas e passivas), entendemos ser perfeitamente possível se falar na proteção do direito ao trabalho por meio da ação civil pública, quando ele envolva interesses transindividuais.

Neste sentido, Diomar Ackel Filho defende a propositura da Ação Civil Pública, "inclusive em casos em que a conduta administrativa é discricionária"[922]. Por sua vez, Rodolfo destaca claramente:

> "Por conta das normas de extensão antes referidas, abre-se o ensejo para o exercício da ação civil pública na defesa de valores ligados a segmentos marginalizados na sociedade, genericamente referidos à rubrica dos excluídos, tais os desempregados (a Constituição quer o

[921] Vide item IV.6.
[922] Diomar Ackel Filho, "Discricionariedade administrativa e ação civil pública", pgs. 51 a 59.

> pleno emprego – art. 170, VIII). (...) um rol, não exaustivo, de temas concernentes às políticas públicas, suscetíveis de controle judicial: (...) Pleno emprego – CF, art. 7º, I; art. 170, VIII, c/c o art. 120, VIII”[923].

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988, no artigo 127, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e no artigo 129, traça as suas funções institucionais. Dentre elas, estão a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (inciso II), a promoção do inquérito civil e da **ação civil Pública**, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (inciso III).

A atuação do MP pode se dar de forma extrajudicial ou judicialmente. Na primeira, a forma típica de atuação é a instauração do Inquérito Civil Público, que poderá colher elementos de convicção que darão ou não ensejo à propositura de Ação Civil Pública. Há também a possibilidade de se firmar, no curso do Inquérito, um Termo de Ajustamento de Conduta entre a administração pública e o Ministério Público, cujo objetivo principal é o cumprimento de seu dever pelo administrador[924].

---

[923] Rodolfo de Camargo Mancuso, "A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas” In MILARÉ, Édis (Coord.), “Ação Civil Pública: lei 7.347/1985 – 15 anos”, pgs. 748, 750 e 751.

[924] Elaine Martins Parise, “O Papel do Poder Judiciário e do Ministério Público na Implementação de Políticas Públicas”, In Dayse Starling Lima Castro (Org.), “Direitos Difusos e Coletivos: coletânea de artigos”, pg. 56. A autora faz referência a alguns casos concretos em que este instrumento foi utilizado

Contudo, o Poder Judiciário tem se mostrado ainda relutante quanto a esta forma de atuação, ao que alguns autores destacam a preferência do MP pela via extrajudicial em relação à judicial, tendo em vista o relativo sucesso obtido em conseguir com que o Poder Público implemente políticas públicas[925].

Ao avaliar a atuação do Poder Judiciário, José Eduardo Farias aponta que ainda sob os auspícios "da tradição da democracia liberal clássica e esquecendo-se de que também é parte fundamental do Estado" este órgão tem deixado de enquadrar o Executivo numa inércia incompatível com suas funções, "justamente, no momento em que este poder, a pretexto da resolução de sua "crise fiscal", vem promovendo cortes drásticos em suas políticas públicas" e fugindo de suas obrigações sociais sob a égide de programas de privatizações que não vem alcançando os resultados esperados[926].

Contudo, a interferência do Poder Judiciário no campo Político há de se dar em caráter excepcional, somente quando comprovada a inércia dos poderes competentes e a negativa do cumprimento de seu dever de agir, pois a atuação

---

com sucesso: TAC firmado entre o MP e o Município de Formiga (implantação do projeto de rede coletora e interceptores de efluentes e construção de estação de tratamento de efluentes no Município); TAC firmado entre o MP e o Estado de Minas Gerais (garantia das condições mínimas de acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência, em conformidade com o disposto na Lei Federal n. 10.098/00, a Lei Estadual 11.555/94, Resolução CNE/CEB n. 02/2001 e critérios definidos na NBR9050 da ABNT, junto à Secretaria do Estado de Educação); TAC firmado entre o MP e o Município de Belo Horizonte (garantia do cumprimento de política de atendimento emergencial e prioritário às populações desabrigadas pelas chuvas e residentes em áreas de alto e médio risco, em vilas e favelas, conforme o previsto em Lei Orgânica do Município, artigos 12 e 210 e do Plano Diretor do Município – Lei 7.165/96, artigos 28, 29 e 30).

[925] Neste sentido ver: Cátia Aida Silva, "Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos", Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, V. 16, N. 45, fev. 2001. A autora destaca que alguns membros do MP, como ocorre com alguns magistrados, não se vêem como autoridade que deve exigir continuamente do Administrador a implementação de políticas e programas sociais. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, "Políticas Públicas. A responsabilidade do administrador e o Ministério Público", pg. 139. Esta autora cita ainda como instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público a expedição de recomendação prevista no artigo 6º, XX, da Lei Complementar n. 75 de 20.05.93 – Organização, atribuições e Estatuto do Ministério Público da União.

[926] "O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça Brasileira", pg. 94-112.

dos poderes legislativo e executivo não pode se traduzir em ofensa deliberada aos direitos fundamentais[927].

Feitas estas considerações, resta-nos concluir que este capítulo, ao se centrar na problemática que envolve a efetivação do direito ao trabalho, teve como objetivo principal demonstrar que as análises que lhe concedem um conteúdo meramente programático e, portanto, carente de eficácia social (efetividade), quando não lhe intitulam uma "quimera irrealizável", são parciais e, por isso mesmo, necessitam ser revisitadas.

[927] Luigi Ferrajoli, In Victor Abramovich; Christian Courtis, "Los derechos sociales como derechos exigibles – Prólogo", pg. 13.

CONCLUSÃO

Este trabalho procurou demonstrar que o direito ao trabalho assume o caráter de fundamental no ordenamento jurídico brasileiro e a sua efetivação é conseqüência necessária do regime de proteção especial que a Constituição Federal de 1988 impôs a estes direitos.

Nesta medida, adotou-se a teoria sobre regras e princípios, nos moldes desenvolvidos por Robert Alexy, que aparece no cenário jurídico trazendo novas luzes para o debate dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, para o direito ao trabalho.

O direito ao trabalho, na medida em que assume a estrutura de um princípio em nosso ordenamento jurídico, ou seja, constitui-se em um mandamento de otimização, impõe direitos e deveres prima facie, cujo grau de realização pode variar em cada caso concreto, segundo a exigência de otimização de outro princípio colidente.

A partir deste enfoque, verificou-se que o direito ao trabalho pode ser analisado sob dois âmbitos distintos, mas complementares – um âmbito individual e um âmbito coletivo. Isto, porém, não exclui a possibilidade de que em determinadas circunstâncias estas duas vertentes venham a se chocar. Além disso, detectou-se também que o direito ao trabalho pode envolver interesses transindividuais, que são sentidos especialmente em sua vertente coletiva, o que não afasta a possibilidade de que se estes interesses se façam presentes em sua vertente individual.

No âmbito individual, o direito ao trabalho aparece circunscrito ao contrato de trabalho. Contudo, a análise aqui desenvolvida se fixou tão somente nos limites do contrato de trabalho subordinado, detectando uma significativa abertura para aplicação do direito ao trabalho em nosso ordenamento jurídico ante a sua irradiação pela legislação infraconstitucional. Fato que se nota claramente ao compararmos o número de julgados, relativamente recentes, que abordam sobre o tema em nosso país. Nesta medida, constatou-se que a sua efetivação se dá através de mecanismos eminentemente jurídicos.

Tais decisões devem se dar via mediação legislativa, mas, na sua ausência, ou quando esta se mostre ineficaz, o direito ao trabalho e os princípios que com ele eventualmente colidam devem ser aplicados diretamente segundo as circunstâncias fáticas e juridicamente previstas em cada caso concreto.

Já no âmbito coletivo, o direito ao trabalho está associado ao objetivo do pleno emprego, especialmente às políticas públicas de trabalho e emprego. Diante disso, cuidou-se dos principais programas de política de emprego no Brasil, verificando-se que, apesar de existirem vultosos recursos para a implementação de políticas em suas formas ativa e passiva, estas são ineficazes.

Nesta medida, detectou-se claramente que o direito ao trabalho, em sua vertente coletiva, não tem sido encarado como um caminho para se alcançar melhores patamares de empregabilidade da força de trabalho brasileira. Também não tem sido utilizado como um meio concreto para se combater a “inatividade”, quando não muito distante, a “ilegalidade” da Administração Pública.

Comprovou-se, ainda, que o problema na implementação das políticas públicas de trabalho e emprego em nosso país não é a falta de recursos, pois as quantias decorrentes do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), principal fonte de financiamento destas políticas, extrapolam em muito o valor destinado às demais áreas sociais do país. Nesta medida, o sistema de políticas públicas de trabalho e emprego é ineficaz, estando muito longe de atacar a base do problema, que é a baixa escolaridade e, conseqüentemente, a falta de qualificação do trabalhador brasileiro.

Destacou-se, ainda, que os recursos acumulados no FAT representam um patrimônio dos trabalhadores, apresentando uma natureza difusa, e, atualmente, não estão sujeitos a uma análise mais criteriosa daquela realizada pelo CODEFAT, que, apesar de ser um órgão tripartite, não está isento de transações políticas nas suas decisões.

Assim, constatou-se que a Administração Pública de nosso país, na medida em que não vem cumprindo a sua obrigação de implementar políticas públicas de trabalho e emprego eficazes, pode e deve ser compelida pela sociedade, diretamente ou por meio de seus representes legais, a cumpri-la. Ainda que seja através de imposição de obrigação de fazer pelo Poder Judiciário, que, por sua vez, não pode ser furtar ao seu papel institucional de traçar limites entre a “discricionariedade”, a “inatividade” e a “ilegalidade”. Sob tal perspectiva, detectaram-se mecanismos políticos e jurídicos de efetivação do direito ao trabalho em sua dimensão coletiva, dentre estes últimos, a ação civil pública.

Todas as questões, outrora levantadas, pareceram-nos muito importantes para o desenvolvimento do país e caminham diretamente no sentido de se reconhecer um “direito a trabalhar” como um direito universal e, mais, como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMO, Cláudio Weber. “Entrevista”. Jornal do Advogado, São Paulo, Ano XXXI, N. 300, Novembro de 2005.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. “Los derechos sociales como derechos exigibles”. Madrid: Trotta, 2002.

ACKEL Filho, Diomar. “Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública”. São Paulo: Revista dos Tribunais, N. 657, Julho de 1990, pgs. 50-59.

ALARCÓN, Manuel-Ramón Caracuel. “Derecho al Trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”. Revista de Política Social (RPS), N. 121, enero-marzo, Madri: 1979.

ALBUQUERQUE, Nilza Simões Corrêa de; SWAIN, Ricardo (Orgs.). “Políticas de qualificação do trabalho em debate: limites, avanços e desafios”. Recife: FASA, 2004.

ALEXY, Robert. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”. Revista de Direito Administrativo, Madri: julho/setembro de 1999, págs. 67 a 79.

_____. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático – Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. trad. Luís Afonso Heck, Revista de Direito Administrativo, Madri: julho/setembro de 1999, págs. 54 a 66.

_____. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. Revista Española de Derecho Constitucional (REDEC), Año 22, Núm. 66, Septiembre-Diciembre, Madri: 2002, págs. 13 a 65.

ALMEIDA, Renato Rua de. “É Possível um Direito do Trabalho para os Micro, Pequeno e Médio Empregadores?”. São Paulo: Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, Vol. 29, 2005, pgs. 117 a 127.

_____. “A Teoria da Empresa e a Regulação da Relação de Emprego no Contexto da Empresa”. São Paulo: separata da Revista LTr – Legislação do Trabalho, maio de 2005, pg. 573.

_____. “A Estabilidade no Emprego num Sistema de Economia de Mercado”. São Paulo: Revista LTr, Vol. 63, N. 12, Dezembro de 1999, pgs. 1600 a 1604.

_____. “Proteção Contra a Despedida Arbitrária. Aviso Prévio Proporcional ao Tempo de Serviço”. São Paulo: Revista LTr, Vol. 56, N. 10, Outubro de 1992, pgs. 1199 a 1202.

_____. “La nouvelle notion de stabilite de l'emploietude en droit francais et bresilien compare”. Thèse doctorat, Universite de Paris, orient. Lyon Caen Gerard.

ALONSO, M. Olea; CASAS, Maria Emilia Baamonde. “Derecho del Trabajo”. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1995.

ALVAREZ, Manuel Alcolea. “Los derechos individuales en el Estatuto de los Trabajadores”, en A.A.V.V., “El desarrollo de la Constitución de 1978”. Zaragoza: Libros Pórtico, 1982.

ALVAREZ, Maria Isabel Vélez; ALCÓN, Maria Fuencisla Yustas. “Las constituciones de los quince Estado de la Unión Europea”. Madrid: Dykinson, 1996.

ALVES, Rubens Valtecides. “Novas Dimensões da Proteção ao Trabalhador: o “deficiente físico”. Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora da Pontifícia. Universidade Católica de São Paulo, 1991.

_____. “O Princípio da Não Discriminação no Emprego”. Tese de doutorado apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.

ANDRADE, Christiano José de. “O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ANGELIS, Luigi de. "Considerazioni sul diritto al lavoro e sulla tutela". Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, 1973, parte prima (I), pgs. 226 e ss; Constantino Mortati. “Il Diritto del Lavoro”, Parte I, 1954, pg. 171.

ARAUJO, Luiz Alberto David. “A proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de deficiência”. Brasília: Coordenadoria Nacional das pessoas portadoras de deficiência, 1994.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. “Curso de Direito Constitucional”. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAÚJO, Tarcisio Patrício de; LIMA, Roberto Alves de. “Ensaios sobre Mercado de Trabalho e Políticas de Emprego”. 1ª ed., Recife: Universitária da UFPE, 2001.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Principios de derecho público económico (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)”. Granada: Editorial Comares, 2001.

_____. “Principios constitucionales de la libertad de empresa: libertad de comercio e intervensionismo administrativo”. Madrid: Marcial Pons, 1995.

AUER, Peter; CAZES Sandrine (comp.) “La estabilidad del empleo en una época de flexibilidad. Testimonios de varios países industrializados”, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

AZEREDO Beatriz; RAMOS Carlos A. “Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios”. pg. 92. (Planejamento e Políticas Públicas, V. 12, Junho/Dezembro de 1995).

BANDRÉS, José Manuel Sánches-Cruzat. “Constitución y control de la actividad administrativa”. Madrid: Lerko Print, 2003.

BARROS JR, Cássio Mesquita. “Convenção N. 111 Sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (1958) da Organização Internacional do Trabalho: Normativa Internacional/Nacional”. Relatório sobre Promoção de Igualdade no Emprego, 83ª Conferência Internacional do Trabalho, 1996.

_____. “A reforma trabalhista: o trabalho como valor humano”. Revista LTr, V. 30, N.114, Abril de 2004, pgs. 25-48.

_____. “A reforma Judiciária da Emenda Constitucional nº 45”. São Paulo: Revista LTr, V. 69, N. 3, Março de 2005, pgs. 277-88.

BARROSO, Luís Roberto. “O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira”. 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. “Curso de Direito Constitucional”. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. “Comentários à Constituição do Brasil: 2º Volume - Arts. 5º a 17”. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen et. al. “Manual de derecho constitucional”. trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BEVILAQUA, Clovis. “Direito das Obrigações”. 4ª ed., Rio de Janeiro: Livraria e Editora Freitas Bastos, 1936.

BOBBIO, Norberto. “A Era do Direito”. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”. 12ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BONAVIDES Paulo; ANDRADE Paes de. “História Constitucional do Brasil”. Brasília: Paz e Terra, 1990.

BOROWSKI, Martin. “La estructura de los derechos fundamentales”. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BORRAJO, E. Dacruz (dir.). “Comentarios a las leyes laborales”. t. IV, Madrid, Edersa, 1983.

BRASIL. “Consolidação das Leis do Trabalho e Constituição Federal de 1988”. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). “Constituição da República Federativa do Brasil”: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira, 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASÍLIA. “Diário da Assembléia Nacional Constituinte”. Livro Vol. 2. 03 de Fevereiro de 1988, quarta-feira.

BRASÍLIA. “Diário da Assembléia Nacional Constituinte”. Livro Vol. 12. 16 de Agosto de 1988, terça-feira.

BRASÍLIA. “Diário do Congresso Nacional”. (Seção II). 1º de maio de 1984, terça-feira.

CABIEDES, Pablo Gutiérrez de; CAVIEDES, Hidalgo de. “La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos”. Navarra: Aranzadi, 1999.

CAHALI, Yussef Said. “Estatuto do Estrangeiro”. São Paulo: Saraiva, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. 3ª ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, 1999.

_____. “Direito Constitucional”. 6ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N. 1, septiembre-diciembre, Coimbra: Año 1988, págs. 166 a 192.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. “Constituição da República Portuguesa e Lei do Tribunal Constitucional”. 6a ed., reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. “Constituição da República Portuguesa Anotada”. 3ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

CARONE, Edgard. “A Terceira República - 1837 - 1945”. São Paulo: Difel, 1976.

CARRASCO, Manuel Durán. “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CASTRO, Dayse Starling Lima (Org.). “Direitos Difusos e Coletivos: coletânea de artigos”. Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC – Minas Gerais, Belo Horizonte: Atividade Editora Ltda., 2003.

CASTRO CID, Benito de. “Los derechos sociales: análisis sistemático”, en AA. VV., “Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos”, Actas de las IV jornadas de profesores de Fac. de Derecho de la Universidad de Murcia, 1981.

_____. “Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos”. Leon: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1983.

CINELLI, Maurizio; SANDULLI, Pasquale. “Diritto al lavoro dei disabili: commentario alla legge n. 68 del 1999”. Torino: Giappichelli, 2000.

CONTRERAS PELÁES, Francisco J. “Derechos sociales: teoría e ideología”. Tecnos: Madrid, 1994.

Maurizio Cinelli; Pasquale Sandulli. “Diritto al lavoro dei disabili: commentario alla legge n. 68 del 1999”. Torino: Giappichelli, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. “Liberdades Públicas”. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

_____. “Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Vol. I - Arts. 1º a 5º, incisos I a LXVII”. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

_____. “Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Vol. V, Arts. 38 a 91”. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

CUEVA, Mario de la. “Teoría de la Constitución”, México: Porrua, 1982.

CUNHA, Maria Inês M. S. Alves da. “Relações de Trabalho e Direito Civil. A Nova Competência da Justiça do Trabalho”. Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, Vol. 29, 2005, pgs. 61 a 71.

DÄUBLER, Wolfgang. “Recht auf Arbeit verfassungswidrig?”, en AA.VV., “Recht auf Arbeit, eine politische Herausforderung”. Neuwied und Darmstadt, Luchterhand, 1978.

DINIZ, Maria Helena. “Dicionário Jurídico, Volume 1 (A-C)”. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. “Dicionário Jurídico, Volume 2 (D-I)”. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. “Dicionário Jurídico, Volume 3 (J-P)”. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. “Dicionário Jurídico, Volume 4 (Q-Z)”. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

ESPAÑA. Constitución (1978). “Constitución y Tribunal Constitucional”. Madrid: Civitas, 2001.

FERNANDES, Francisco. “Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa”. 38ª ed. (revista e ampliada por Celso Pedro Luft), São Paulo: Globo, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. edición de Antonio del Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid: Trotta, 2001.

FERRARI, Irany. “Direito ao Trabalho”. Revista LTr, N. 43, pg. 713.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. “Processos Informais de Mudança da Constituição”. 1ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Função Social da Dogmática Jurídica”. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “Liberdades Públicas (Parte Geral)”. São Paulo: Saraiva, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, “Curso de Direito Constitucional”. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. “Curso de Direito Constitucional”. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. “Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Volume 1, Arts.1º a 43”. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. “Direitos Humanos Fundamentais”. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. “Significação e Alcance das ‘Cláusulas Pétreas’”. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, V. 3, Out/Dez de 1995, pg. 9.

FERREIRA, Pinto. “Comentários à Constituição Brasileira, 1º Volume, Arts. 1º a 21”. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. “Comentários à Constituição Brasileira, 3º Volume, Arts. 54 a 91”. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. “Curso de Direito Constitucional”. 12º ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org). “Direitos da pessoa portadora de deficiência”. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FIGUEIREDO, Lucia Valle, “Ação Civil Pública. Ação Popular. A defesa dos Interesses Difusos e Coletivos. Posição do Ministério Público”. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: Malheiros, V. 16, 1996, pgs. 15-30.

FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. “Los derechos fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones privadas”. Memorias del Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídica, Universidad del Externado, Colombia, 1996.

FONSECA, Maria Hemília. “Justiça do Trabalho – Relação de Trabalho *Versus* Relação de Emprego: Uma Dicotomia que chega ao fim?”. Jornal do 11o Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho. Realizado em São Paulo-SP, nos dias 25 e 26 de Março de 2003, pgs. 24 a 26.

FRANÇA, R. Limongi (Coord.). “Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 56 – omissão de socorro – papa”. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. “Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 35 – execução de coisa certa – extra petita”. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (org.). “Tratados Internacionais”. São Paulo: LTr, 1999.

FREIXES, Teresa Sanjuán. "Los derechos sociales de los trabajadores en la constitución". Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.

FUNDAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ADMINISTRATIVO – FUNDAP, São Paulo. “Processo constituinte; a ordem econômica e social”. São Paulo: 1987.

GABRIEL, Amélia Regina Mussi. “Hierarquia Jurídica da Norma Internacional de Direitos Humanos em Face do art. 5º, §3º, da Constituição Brasileira”. Revista

de Informação Legislativa, Brasília, Ano 42, N. 165, janeiro/março de 2005, págs. 255 a 263.

GARCÍA, Joaquim Murcia, “La integración laboral Del minusválido: líneas básicas de nuestro ordenamiento”. Temas Laborales n º 7 (1986), pgs. 40 a 46.

GARCÍA INDA, Andrés. “Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos”. Madrid: Dykinson, 2001.

GARCÍA MACHO, Ricardo. “Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda”. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.

GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda. “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”. Madrid: Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 2003.

GOMES, Angela Maria de Castro, “Burguesia e Trabalho: Política e Legislação Social no Brasil 1917-1937”. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

GOMES Orlando; GOTTSCHALK Elson. “Curso de Direito do Trabalho”. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONZALEZ, Eduardo Biedma. “El ‘Closed Shop’ en Gran Bretaña: La ‘Employment act’ de 1982”. Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984.

GONZÁLES, J. J. Rus. “Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal”. Madrid: Instituto Nacional de Consumo, 1986.

GONZÁLEZ, J. Velasco. “El control de los decretos legislativos, el despido nulo y el derecho al puesto de trabajo”, en AA.VV., “Jornadas sobre Derecho del trabajo y la Constitución”. Madrid: IELSS, 1985.

GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da, (orgs.). “Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva”. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Processo Constitucional e Direitos Fundamentais”. 4ª ed., São Paulo: RCS Editora, 2005.

_____. “Teoria Processual da Constituição”. 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2002.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. “Nacionalidade – Aquisição, Perda e Reaquisição”. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HECK, Luís Afonso. “O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

HERRENDORF E., Daniel; BIDART CAMPOS J., German. “Principios de Derechos Humanos y Garantías”. Buenos Aires: Ediar, 1991.

HESSE, Konrad. “Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha”. trad. (20ª ed. Alemã) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. “A Força Normativa da Constituição”. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. “Escritos de Derecho Constitucional”. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1983.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. “Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa”. 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUSEK, Carlos Roberto. “Curso de Direito Internacional Público”. 4ª edição, São Paulo: Editora LTR, 2002.

JACCARD, Pierre. “Historia social del trabajo”. Barcelona: Plaza y Janés, 1971.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. “Dicionário Básico de Filosofia”. 2ª ed, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.

KROTOSCHIN, Enesto. “Notas sobre el llamado derecho al empleo (contribución a la dogmatica del contrato de trabajo), en AAVV. “Estudios en memoria del profesor Don Eugenio Pérez Botija”. Madrid: 1970.

LAMBERT, Paul. “El derecho al trabajo”. Madrid: Revista de Trabajo, N. 1, enero, 1949, pg. 18-23.

LIMA, M. Madeleine Hutyra de Paula. “Corrupção: obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais”. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 8, N. 33, Outubro-Dezembro de 2000, pg. 195-205.

LÓPEZ, Calera Nicolás. “Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos”. Barcelona: Ariel, 2000.

LÓPEZ, Diego Garrido. “Apuntes para un estudio sobre la Constitución Económica”. Madrid: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N. 15, Año 1993, mayo-agosto, pg. 81-93.

LÓPEZ, Diego Garrido; MASSÓ, Marcos Francisco Garrote; PEGORARO Lucio (directores). “Nuevo Derecho Constitucional Comparado”. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2000.

LÓPEZ, J. Gandía. “Breve nota sobre el artículo 35 de la CE (derecho al trabajo, libertad profesional y promoción en el trabajo”, en AA.VV., “Estudios sobre la Constitución española de 1978”. Valencia: Facultad de Derecho la Universidad de Valencia, 1980.

LORENTZ, Ângela Maria Cavaliere. “O direito fundamental ao trabalho do cidadão português em Portugal”. Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa, Direito do Trabalho 2001/2002, orientação - Professora Doutora Maria do Rosário Palma Ramalho.

LOZANO-HIGUERO, M. Pinto. ‘La protección procesal de los intereses difusos’. Madrid: 1983.

LUTZ, Bremen Hambusch. "Die Problematik des Rechts auf Arbeit", Arbeit und Recht, (AuR), 9, September 1972 – 20. Jahrgang.

MAESTRO, Gonzalo Buelga. “La Constitución del trabajo en el Estado Social”. Granada: Comares, 2002.

MAIA, Juliana (org.). “Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo”. 4ª ed., Niterói: Impetus, 2005.

MAGELA Geraldo; MENESES Silva. “Limites ao Poder Jurisdicional na Perspectiva do Direito Brasileiro”. Revista de Informação Legislativa, Brasília, N. 159, Ano 40, Julho/Setembro, 2003, pgs. 19-35.

MANCINI, Frederico. “Il diritto al lavoro rivisitado”. en Política del Diritto, núm. 6, Torino: Fonit Cetra, 1973.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. “Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa – Aspectos do Direito Material e Processual do Trabalho”. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARTÍN-RETORTILLO, Baquer Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. “Derechos fundamentales y Constitución”. Madrid: Civitas, 1988.

MARTÍN, Antonio Valverde. “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978”, en AA.VV. “Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución”. Madrid: CEC, 1980.

MARTÍN, Antonio Valverde; RODRÍGUEZ-SAÑUDO Fermín Gutiérrez; GARCÍA Joaquín Murcia. “Derecho del Trabajo”. 5a edición, Madrid: Tecnos, 1996.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. “El socialismo y el derecho al trabajo”. Sistema, 97, Madrid: 1990.

MATÍA, Javier Prim. “Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva”, en AA.VV., “Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profs. Bayón Chacón y Del Peso y Calvo ofrecidas por los profesores del departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid”. Madrid: FDUC, 1980.

MAYER, Jean. “El concepto de derecho al trabajo en las normas internacionales y en la legislación de los Estados Miembros de la OIT”. Revista Internacional de Trabajo (RIT), Volumen 104, 1985, pg. 281-297.

MAZZILLI, Hugo Nigro. “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”. 13a ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELES, Hely Lopes. “Direito Administrativo Brasileiro”. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, Sandro Nahmias. “O Direito ao Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência no Brasil e o Princípio Constitucional da Igualdade (Ação

Afirmativa)". tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Católica de São Paulo, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Discricionariedade e Controle Judicial". 2a ed., 7a tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. "Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social". Revista de Direito Público, Ano XIV, Ns. 57-58, Janeiro/Junho de 1981, pgs. 233-256 (pg. 247).

MENDES, Gilmar Ferreira. "Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional". 2a ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MILARÉ, Édis (Coord.). "Ação Civil Pública: lei 7.347/1985 – 15 anos". 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, pgs. 707-747.

MIRANDA, Jorge. "Manual de Direito Constitucional, Tomo II – Introdução à Teoria da Constituição". 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 1983.

_____. "Manual de Direito Constitucional, Tomo II – Constituição e Inconstitucionalidade". 3ª ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1996.

_____. “Manual de Direito Constitucional – Tomo III”. 2a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

_____. “Manual de Direito Constitucional”. Tomo IV – Direitos Fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Alexandre. “Direitos Humanos Fundamentais”. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

_____. “Direito Constitucional”. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

_____. “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Direito do Trabalho na Constituição de 1988”. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. “Iniciação ao Direito ao Trabalho”. 26a ed., São Paulo: LTr, 2000.

NUNES, Thiago Lobo Viana Gonçalves. “O Trabalho Portuário e a Lei de Modernização dos Portos”. Dissertação de Mestrado, sob a orientação do Prof. Dr. Renato Rua de Almeida, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

OIT. “Trabajo”, Revista de la OIT”. N. 54, Agosto de 2005.

OSUNA PATIÑO, Nestor. “Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales”. Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1995.

MAIA, Juliana (org.). “Aulas de Direito Constitucional Vicente de Paulo,”. 4a ed., Niterói: Impetus, 2005.

PECES-BARBA, G. Martínez. “El socialismo y el derecho al trabajo”. Sistema, 97, Madrid: 1990.

PINHEIRO, Carla. “Direito Internacional e Direitos Fundamentais”. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, Sergio Martins. “Direito do Trabalho”. 16a ed., São Paulo: Atlas, 2002.

PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”. 5ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2002.

REVUELTO, Maria del Carmen Martínez. “El derecho al trabajo en la Constitución”, en AAVV. (edición preparada por Manuel Ramírez), “Estudios sobre la Constitución española de 1978”. Zaragoza: Pórtico, 1979.

RIVERO, Juan Lamas. “Técnicas modernas de garantía del empleo”. Revista Española de Derecho del Trabajo, N. 33, enero/marzo, 1988, pg. 27.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. “Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo”, em AA. VV., “Comentarios a las leyes laborales, t. IV. Madrid: Edersa, 1983.

ROJO, Eduardo Torrecilla. "Derecho al Trabajo, precariedad laboral y exclusión social". Madrid: Documentación Social, Enero-Marzo, N. 114, 1999.

SABÁN GODOY, Alfonso. “El marco jurídico de la corrupción”. Madrid: Civitas, 1991.

SAGARDOY, Juan Antonio Bengoechea. “Comentario al artículo 35: derechos laborales”, en O. Algaza Villamil (dir.), “Comentarios a las leyes políticas”. Constitución española de 1978, Tomo III. Madrid: Edersa, 1983.

SANTOS, Marília Lourido dos. “Políticas Públicas (econômicas) e Controle”. Revista de Informação Legislativa, Brasília, N. 158, Ano 40, Abril/Junho, 2003, pgs. 265-278.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. “Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado”. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SASTRE, Rafael Ibarreche. “El derecho al trabajo”. Madrid: Trota, 1996.

SCHALLER, Francisco. “A propósito del derecho al trabajo”. Madrid: Revista de Trabajo, N. 5, mayo 1948, pgs 385 a 390.

SILVA, José Afonso da. “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”. 3ª ed., São Paulo: R.T., l998.

_____. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. “Comentário Contextual à Constituição”. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, N. 1, Ano 2003, pgs. 607-630.

SLAIBI FILHO, Nagib. “Reforma da Justiça (notas à Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004)”. Niterói: Impetus, 2005.

SOUZA, Ronald Amorim e. “Direito ao Trabalho”. São Paulo: LTr, 1985.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas et al. “Instituições de Direito do Trabalho, Volumes 1 e 2”. 19ª ed., São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. “Direito Constitucional do Trabalho”. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. “Convenções da OIT”. São Paulo: LTr, 1994.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). “Reforma do Judiciário: analisada e comentada – Emenda Constitucional 45/2004”. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles (Organizado e atualizado por Maria Garcia). “Curso de Direito Constitucional”. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. “Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributação. V. 5. O Orçamento na Constituição”. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “A Proteção Internacional dos Direitos Humanos”. São Paulo: Saraiva, 1991.

VERDÚ, Pablo Lucas (Compilador). “Prontuario de Derecho Constitucional”. Granada: Editorial Comares, 1996.

VESES PUIG, Carmen Marti de. “Normas internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales”. Anuario de Derechos Humanos, Marzo de 1983, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

ZAINAGHI, Domingos Sávio; FREDIANI, Yone. “Novos Rumos de Direito do Trabalho na América Latina”. São Paulo: LTr, 2003.

PESQUISAS NA INTERNET

Fonte de pesquisa:

www.2camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema21/2005_5400.pdf.

Data da pesquisa: 13-02-2006.

Fonte de pesquisa:

http://www2.uol.com.br/canalexecutivo/notas05/180720053.htm.

Data da pesquisa: 18-09-05.

Fonte de pesquisa:

http://www.aaj.org.br/Pacto%20Facultativo.htm.

Data da pesquisa: 17-08-05.

Fonte de Pesquisa:

http://www.ahk.org.br/upload_arq/Veirano%20Advogados%20-%20Imigra%C3%A7%C3%A3o%20-%2009.09.05%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf#search=%22investidor%20estrangeiro%20pessoa%20fisica%22 .

Data da Pesquisa: 10-08-06.

Fonte de Pesquisa:

www.constitucion.es/otras_constituciones/.

Data da Pesquisa: 24-07-04.

Fonte de pesquisa:

http://www.derechos.org.ve/instrumentos/sisuniversal/directriz_maastricht.pdf.

Data da pesquisa: 17-08-05.

Fonte de Pesquisa:

http://www.dhnet.org.br/direitos/anthistbr/imperio/sexagenarios.htm.

Data da Pesquisa: 13-02-06.

Fonte de Pesquisa:

http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/desc/quito.html.

Data da Pesquisa: 17-08-05.

Fonte de Pesquisa:

http://www.gajop.org.br/dhi/tab1.htm .

Data da Pesquisa: 01.04.06.

Fonte de Pesquisa:

http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=501.

Data da Pesquisa: 14-02-06.

Fonte de Pesquisa:

http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2382.

Data da Pesquisa: 14-02-06.

Fonte de Pesquisa:

http://www.justicafederal.gov.br .

Data da Pesquisa: 20-02-2006.

Fonte de Pesquisa:

http://www.laleylaboral.com/legislaboral/verdoc.cfm?doc=et.

Data da Pesquisa: 01-05-06.

Fonte de Pesquisa:

http://listas.rcp.net.pe/pipermail/vigilancia/2002-August/000448.html.

Data de Pesquisa: 17-08-05.

Fonte de pesquisa:

http://www.mj.gov.br/Estrangeiros/permanencia.htm.

Data de pesquisa: 18-09-05.

Fonte de pesquisa:

http://www.mte.gov.br/Noticias/Conteudo/9266.asp.

Data da pesquisa: 20-09-05.

Fonte de pesquisa:

http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,,OI261614-EI318,00.html.

Data da pesquisa: 29-09-05.

Fonte de Pesquisa:

http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/.

Data da Pesquisa: 07-01-06.

Fonte de Pesquisa:

http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/presos/parte2.htm.

Data da Pesquisa: 04-04-06.

Fonte de pesquisa:

http://www.pt.org.br/assessor/vrnova.htm.

Data da pesquisa: 27-09-05.

Fonte de Pesquisa:

http://www.revistaautor.com.br/ensaios/02ext.htm.

Data da Pesquisa: 17-08-05.

Fonte de Pesquisa:

http://www.socialinfo.ch/cgi-bin/dicopossode/show.cfm?id=499.

Data da pesquisa: 20-06-2004.

Fonte de Pesquisa:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832003000100013.

Data da Pesquisa: 29-09-05.

Fonte de Pesquisa:

www.stf.gov.br.

Data da Pesquisa: 14-02-06.

Fonte de pesquisa:

www.swisscam.com.br/files_legais/Emdoc.pps.

Data da pesquisa: 18-09-05.

Fonte de Pesquisa:

http://www.tst.gov.br.

Data da Pesquisa: 21-03-06 e 20-08-06.

Fonte de pesquisa:

www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a9693e0f2ad718b4c1256ddb004f7750/$FILE/G0343883.doc.

Data da pesquisa: 23.05.05.

Fonte de pesquisa:

www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a9693e0f2ad718b4c1256ddb004f7750/$FILE/G0343883.doc.

Data da pesquisa: 23.05.05.