

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Estudos em homenagem aos 60 anos da
Declaração Universal dos Direitos Humanos
e aos 20 anos da Constituição Federal

Editora UFGD
DOURADOS-MS 2009

Antonio Baylos Grau
César Augusto Silva da Silva
Francisco das C. Lima Filho
Helder Baruffi (Org.)
José Eduardo de Resende Chaves Júnior
José Gomes da Silva
Luis Prieto Sanchís
Maria Goretti Dal Bosco
Maria José Romero

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Estudos em homenagem aos 60 anos da
Declaração Universal dos Direitos Humanos
e aos 20 anos da Constituição Federal

Editora UFGD
DOURADOS-MS 2009

Universidade Federal da Grande Dourados

Reitor: Damião Duque de Farias

Vice-Reitor: Wedson Desidério Fernandes

COED

Coordenador Editorial da UFGD: Edvaldo Cesar Moretti

Técnico de Apoio: Givaldo Ramos da Silva Filho

Conselho Editorial da UFGD

Adáuto de Oliveira Souza

Edvaldo Cesar Moretti

Lisandra Pereira Lamoso

Reinaldo dos Santos

Rita de Cássia Pacheco Limberti

Wedson Desidério Fernandes

Fábio Edir dos Santos Costa

Capa: Ana Cristina Baruffi

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central – UFGD

341.481 Direitos fundamentais sociais: Estudos em homenagem aos
D597 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e
 aos 20 anos da Constituição Federal. / Helder Baruffi
 (org.). Dourados, MS : UFGD, 2009.

256p.

ISBN 978-85-61228-41-5

1. Direitos humanos. 2. Direitos sociais. 3. Direitos
fundamentais sociais. I. Baruffi, Helder. II. Título.

Direitos reservados à
Editora da Universidade Federal da Grande Dourados
Rua João Rosa Goes, 1761
Vila Progresso – Caixa Postal 322
CEP – 79825-070 Dourados-MS
Fone: (67) 3411-3622
www.ufgd.edu.br

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III)
da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948

CONSIDERANDO que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

CONSIDERANDO que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade, e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade,

CONSIDERANDO ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

CONSIDERANDO ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

CONSIDERANDO que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

CONSIDERANDO que os Estados Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades,

CONSIDERANDO que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembléia Geral das Nações Unidas proclama a presente “Declaração Universal dos Direitos do Homem” como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que

cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo 1

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2

I) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

II) Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo 3

Todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 4

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos estão proibidos em todas as suas formas.

Artigo 5

Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo 6

Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo 7

Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 8

Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo 9

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo 10

Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo 11

I) Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

II) Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo 12

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo 13

I) Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

II) Todo o homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo 14

I) Todo o homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

II) Este direito não pode ser invocado em casos de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo 15

I) Todo homem tem direito a uma nacionalidade.

II) Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo 16

I) Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, tem o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

II) O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

III) A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Artigo 17

I) Todo o homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

II) Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo 18

Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo 19

Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

Artigo 20

I) Todo o homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.

II) Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo 21

I) Todo o homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

II) Todo o homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

III) A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo 22

Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Artigo 23

I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo 24

Todo o homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Artigo 25

I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

II) A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo 26

I) Todo o homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais.

A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

II) A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

III) Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo 27

I) Todo o homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de fruir de seus benefícios.

II) Todo o homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Artigo 28

Todo o homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo 29

I) Todo o homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

II) No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

III) Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo 30

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades aqui estabelecidos.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte 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.

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

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:

[...]

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º 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.

Brasília, 05 de outubro de 1988

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
1 CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN EN EL MODELO ESPAÑOL DE FEDERALISMO SOCIAL. (LA ASISTENCIA SOCIAL COMO EJEMPLO)	19
Antonio Baylos Grau Maria José Romero	
2 A AFIRMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E DOS REGIMES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO – A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS ..	33
Cesar Augusto Silva da Silva	
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A BOA-FÉ COMO LIMITES DOS PODERES EMPRESARIAIS	59
Francisco das C. Lima Filho	
4 A EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO DO HOMEM	105
Helder Baruffi	
5 REPRESENTAÇÃO E «PRESENTAÇÃO» DOS TRABALHADORES	121
José Eduardo de Resende Chaves Júnior	
6 HUMANIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO PARA DAR-LHE O SEU VERDADEIRO SENTIDO	147
José Gomes da Silva	
7 LOS DERECHOS SOCIALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD SUSTANCIAL	167
Luis Prieto Sanchís	
8 NOVO CONCEITO DA DISCRICIONARIEDADE EM POLITICAS PÚBLICAS SOB UM OLHAR GARANTISTA, PARA ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS	217
Maria Goretti Dal Bosco	

APRESENTAÇÃO

A positivação dos direitos fundamentais nas Constituições representa, sem dúvida, uma das grandes contribuições da modernidade. Representa, também, a consciência de que todos os homens são sujeitos de direitos e, portanto, credores de condições mínimas de existência capazes de assegurar a sua dignidade.

Em 10 dezembro de 2008, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada pelo Brasil, completou 60 anos. Entretanto, um balanço entre o que foi prometido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o que foi cumprido até agora, mostra o quanto ainda se está por fazer.

Nessa direção, o relatório da Anistia Internacional destaca que “Injustiça, desigualdade e impunidade são as marcas do nosso mundo hoje”. Segundo o relatório, 60 anos depois de a Declaração Universal dos Direitos Humanos ter sido adotada pelas Nações Unidas, pessoas ainda são torturadas ou mal tratadas, são submetidas a julgamentos injustos e não tem direito de se manifestar livremente. No plano interno, os movimentos pela Democracia e pela defesa dos Direitos Humanos exigiam uma nova Constituição.

A Assembléia Constituinte, presidida pelo então deputado Ulysses Guimarães, foi instalada no dia 1º de fevereiro de 1987. Após 18 meses de trabalho, os congressistas promulgaram em 5 de outubro de 1988 a oitava Constituição Brasileira. A Assembléia foi composta por 559 constituintes (487 deputados e 72 senadores), representantes dos 23 estados que existiam à época e do Distrito Federal.

Resultado do amplo movimento da oposição que levou ao fim do regime militar, à anistia política e às eleições diretas para a Presidência da República, a Constituição de 1988 tem um forte caráter de proteção dos direitos individuais e sociais e, originalmente, um capítulo específico sobre o meio ambiente. Incorporou instrumentos jurídicos como o mandado de segurança coletivo, o habeas data (direito de o cidadão conhecer as

informações que lhe dizem respeito, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público), o mandado de injunção (decisão da Justiça que interpreta, com força de lei para as partes, um direito constitucional ainda não regulamentado por lei ordinária) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que serve para cobrar da autoridade responsável o envio de norma para ser votada no Congresso, a fim de cumprir cláusula constitucional. Qualificou como crimes inafiançáveis a tortura e as ações armadas contra o Estado democrático e a ordem constitucional. Fixou ainda a eleição direta do presidente da República, dos governadores e dos prefeitos.

Ao fim destes 20 anos, no Brasil, observam-se avanços, mas perdura uma grande distância entre as estruturas constitucionais de defesa dos direitos humanos e os persistentes abusos, assim como a ausência de garantias efetivas para protegê-los.

Os direitos fundamentais não podem se restringir aos direitos individuais enunciados pelas revoluções burguesas do século XVIII. A liberdade não consiste no contratualismo individual que sacraliza o direito de propriedade e permite ao proprietário a “livre iniciativa” de expandir seus lucros ainda que à custa da exploração alheia.

Num mundo assolado pela miséria de quase metade de sua população, o Estado não pode arvorar-se em mero árbitro da sociedade, mas deve intervir de modo a assegurar a todos direitos sociais, econômicos e culturais. Assegurar o mínimo necessário à dignidade humana significa atender às demandas geradas pelos direitos fundamentais das populações, especialmente as mais pobres, e que se constituem nas principais destinatárias das políticas públicas para suprir necessidades vitais de sobrevivência minimamente digna.

O reconhecimento de um direito inerente ao ser humano não é suficiente para assegurar seu exercício na vida daqueles que ocupam uma posição subalterna na estrutura social. É necessário mais. É necessário efetivar esse direito.

Há direitos de natureza social, econômica e cultural - como ao trabalho, à greve, à saúde, à educação gratuita, à estabilidade no emprego, à moradia digna, ao lazer etc. - que dependem, para a sua viabilização, da ação política e administrativa do Estado. Nesse sentido, os direitos pessoal e coletivo à organização e atuação políticas torna-se, hoje, a condição de possibilidade de um Estado verdadeiramente democrático.

O objetivo central desta obra é trazer à luz reflexões iniciadas em meados de 2007 sobre direitos fundamentais sociais quando a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD se propôs oferecer um Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direitos Humanos e Cidadania, tarefa à qual se soma o credenciamento da Faculdade de Direito para o oferecimento de cursos na área da Segurança Pública e Cidadania.

Para tanto, contamos com a colaboração dos professores catedráticos da Universidade de Castilla –La Mancha, Antonio Baylos (UCLM- Ciudad Real) e Maria José Romero (UCLM- Albacete), que em conjunto escrevem sobre o modelo espanhol de federalismo social como projeto aberto e a Assistência Social como exemplo, sob título “Centralización y descentralización en el modelo español de federalismo social. (La asistencia social como ejemplo)” e do professor Luis Prieto Sanchís (UCLM-Toledo) que escreve sobre os direitos sociais e o princípio da igualdade substancial sob o título: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial.”

No conjunto de reflexões sobre os direitos fundamentais sociais positivados na Constituição de 1988 à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos, estão assinalados os artigos “A afirmação do direito internacional dos direitos humanos e dos regimes internacionais de proteção: a educação em direitos humanos” de César Augusto Silva da Silva; “Os direitos fundamentais e a boa-fé como limites dos poderes empresariais”, de Francisco das C. Lima Filho; “A educação como um direito do homem”, de Helder Baruffi; “Representação e «presentação» dos trabalhadores”, de José Eduardo de Resende Chaves Júnior; “Humanização da aplicação do direito para dar-lhe o seu verdadeiro sentido” de José Gomes da Silva e “Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais” de Maria Goretti Dal Bosco.

A leitura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como dos direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal de 1988, na perspectiva aqui apresentada é uma contribuição que se propõe às novas investigações e pesquisas que estão sendo desenvolvidas e como contribuição à real efetivação dos princípios fundamentais dos Direitos Humanos.

Faculdade de Direito
Helder Baruffi

CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN EN EL MODELO ESPAÑOL DE FEDERALISMO SOCIAL. (LA ASISTENCIA SOCIAL COMO EJEMPLO)¹

Antonio Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo UCLM (Ciudad Real).

Maria José Romero

Catedrática (EU) de Derecho del Trabajo UCLM (Albacete)

Sumario: 1.- El modelo español de federalismo social como proyecto abierto. 2. La Asistencia Social como ejemplo.

1. *El modelo español de federalismo social como proyecto abierto.*

Es un lugar común considerar el modelo político de estructuración del Estado español a partir de la Constitución de 1978 como un modelo federal. Aunque hay un extenso debate doctrinal sobre lo que deba entenderse por federalismo, del examen de los sistemas políticos comparados se deduce que un sistema federal es aquel en el que “a diferencia de los sistemas unitarios donde hay una autoridad central única, hay dos (o mas) niveles de gobierno, de modo que se combinan elementos de gobierno compartido con las instituciones comunes y autogobierno regional en las unidades constituyentes”². Entre el amplio abanico de formas políticas no unitarias, el llamado “Estado de las autonomías” español es un notable ejemplo de descentralización asimétrica, una “federación en todo menos en el nombre”, con 17 Comunidades Autónomas habilitadas constitucionalmente para desenvolver un extenso ámbito de autogobierno³.

Sin embargo, la asimetría a la que se aludía no sólo se manifiesta en

1 Intervención en el Seminario coordinado por los profesores Lallana, Landa y Terradillos, de la Universidad del País Vasco, *The implementation of Community Employment and Social inclusion in the models of social federalism*, Oñate, 21-22 de junio del 2007. Este texto ha sido también utilizado en el libro homenaje al profesor Vida Soria, pendiente de publicación por la Editorial Comares (Granada).

2 Por todos, WATTS, R.L., *Sistemas federales comparados*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 105

3 De nuevo, WATTS, R.L., *Sistemas federales comparados...*cit., pp. 130-131.

la atribución de espacios de gobierno diferentes en función de las diversas Comunidades Autónomas y la correspondiente presión para mantener la identidad cultural propia de las regiones definidas como “nacionalidades” – una variedad de las “naciones sin Estado”⁴. El poder de autogobierno es también asimétrico en cuanto a los contenidos. En materia de protección social, es decir, de la acción protectora pública a través del sistema de Seguridad Social y del conjunto de acciones asistenciales de inclusión social, el modelo español mantiene una fuerte componente centralizadora⁵. El esquema de reparto de potestades entre el gobierno unitario y el autogobierno regional se sustancia en la técnica de separación de los niveles legislativo y ejecutivo, lo que implica un impulso a la centralización en el nivel normativo y el reconocimiento de un espacio de descentralización en el nivel de ejecución y administración del sistema de protección social.

La razón que explica esta vigorización del principio centralista en materia de protección social se quiere encontrar por elevación en el concepto del Estado Social y en los principios de igualdad y solidaridad que lo conforman. La estructura potencialmente descentralizada de la protección social puede entrar en conflicto con dichos principios de igualdad y solidaridad desde el mismo momento que sea posible establecer diferentes modelos de protección social, bien desde la perspectiva territorial, bien desde la perspectiva material, con las consecuentes situaciones desiguales generadas. Por el contrario, una concepción más unitaria del Estado social asegura que todos los ciudadanos estén en condiciones de gozar de la garantía de la protección pública frente a los estados de necesidad sin que existan diferencias en función del territorio en el que residan. Es así como se justifica la protección social como una “función estatal” que impone contenidos homogéneos en todos los territorios que componen el Estado español.

Esta tensión centralizadora en este dominio, alentada por un importante e influyente sector doctrinal desde el comienzo de la implantación del sistema democrático en España⁶, ha sido refrendada en gran medida

4 Sobre el tema, GUIBERNAU, M., “Naciones sin Estado: escenarios políticos diversos”, en BARAÑANO, M. (Dir.), *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, CGPI, Madrid, 2002, pp.263 ss.

5 Críticamente SUÁREZ CORUJO, B., *La protección social en el Estado de las autonomías*, Iustel, Madrid, 2006, p.28.

6 Fundamentalmente, DE LA VILLA, L.E., y DESDENTADO, A., “Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en la Constitución de 1978 (las relaciones laborales y la Seguridad Social)”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980; DESDENTADO, A., “El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 38 (1983), línea que se prolonga en numerosos estudios del laboralismo español, que mantienen de forma muy neta esta

por el propio Tribunal Constitucional español en una serie de decisiones de los años 80 y 90 del pasado siglo, interpretando la fórmula competencial de los arts. 148 y 149 CE en el sentido de confirmar la estatalidad de las políticas de protección social y el confinamiento de la potestad de las Comunidades Autónomas en la esfera de la gestión o ejecución de estas políticas. Igualdad y solidaridad funcionan como principios políticos uniformadores del alcance de la tutela y, a su vez, integran el propio sistema de protección social como principios básicos de la seguridad social como garantía institucional prevista en la Constitución. La solidaridad se realiza dentro de toda la comunidad nacional sin discriminaciones⁷, y la igualdad de derechos y obligaciones en materia de seguridad social se extiende hasta el límite territorial del Estado, lo que obliga a la uniformidad de las “condiciones de vida” más allá del territorio de las diferentes Comunidades Autónomas, es decir en el goce o disfrute de los derechos de protección social garantizados por igual en todo el territorio nacional⁸.

La pulsión a la centralización sobre la base de este argumento político-normativo derivado de la cláusula social de la Constitución española ha sido reforzada, desde la perspectiva económica, atendiendo a la noción de unidad económica de mercado. El tema es relevante por dos razones al menos. En primer lugar porque se aprecia un cierto deslizamiento de la legitimación de un modelo centralizado de protección social desde las coordenadas políticas del Estado Social y su capacidad de ofrecer un tratamiento estandarizado y homogéneo de prestaciones sociales para todos los ciudadanos del mismo, hacia la matriz económica que relaciona directamente unidad de mercado y cohesión social. Los principios de “unidad del orden económico nacional” y de “unidad de mercado” son los presupuestos de la organización territorial del Estado y del reparto de competencias en materia económica, de donde se desprende la afirmación de la solidaridad interterritorial como principio articulador de la “unidad del Estado y las Autonomías”⁹. El esquema de distribución de poderes y competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, tiene que interpretarse a partir de la unidad del orden económico

postura centralizadora, incluso en polémica con algunas decisiones del TC que se analizarán mas adelante en este texto, justamente en razón de la competencia autonómica en materia de asistencia social.

7 APARICIO, J., *La Seguridad social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1988, p. 105.

8 APARICIO, J., *La Seguridad social y la protección de la salud...cit.*, pp. 139-140.

9 El documento mas útil para comprobar el razonamiento de base económica, sobre la unidad de mercado, se contiene en el Informe que realizó el Consejo Económico y Social de España sobre este tema y que se puede consultar como CES, *Unidad de mercado y cohesión social*, Informe 3/2000, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

y social de manera que se imponga la “unidad” del sistema de Seguridad Social. Esta noción implica una regulación uniforme en todo el territorio nacional que debe asegurar ante todo la “unidad de caja” y la solidaridad financiera del sistema mediante la atribución al Estado de competencia exclusiva sobre el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de reconocer facultades complementarias y subordinadas por parte de las Comunidades Autónomas.

El segundo elemento de relieve es que el desplazamiento hacia la unidad de mercado como forma de legitimación de la concepción fuertemente centralizadora de los poderes definidos en materia de protección social la protagonizan fundamentalmente los interlocutores sociales, es decir, las asociaciones empresariales y los sindicatos más representativos de ámbito estatal. El discurso empresarial y el de las confederaciones sindicales de ámbito estatal, CC.OO. y UGT, convergen en este punto en torno a una visión unitaria de las competencias en materia de protección social, en la que la legitimación normativa y de gobierno del sistema de seguridad social debe pertenecer al Estado, sin perjuicio de que la puesta en práctica de estas reglas se encomiende a la esfera de acción de las Comunidades Autónomas. Esta suerte de “jacobinismo social” está muy arraigado en el planteamiento sindical confederal, y ha encontrado un discurso paralelo en el empresariado español, históricamente estatalista y muy hostil a los planteamientos políticos nacionalistas. El argumento es doblemente importante por lo que no dice de forma explícita, y es que los interlocutores sociales mediante esta reivindicación del nivel centralizado en la protección social se aseguran la interlocución directa con el Estado en la reformulación del modelo de Seguridad Social a través de acuerdos político – sociales, lo que por cierto constituye una característica del modelo español ya presente desde 1990 cuando se produjo la histórica negociación de la creación de un segundo nivel de prestaciones del sistema, que dio lugar a la Ley de prestaciones no contributivas¹⁰.

Por razones políticas o en función del interés del mercado unificado a nivel del Estado, esta visión unificatoria – y sometida al acuerdo social con sindicatos y empresarios - se concentra en las prestaciones económicas

10 La tendencia es mas acentuada a partir del cambio de siglo, y en concreto del llamado Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social de abril de 2001. Ver APARICIO, J., “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo”, *Revista de Derecho Social* nº 19 (2002), pp. 22-23; MONEREO, J.L., “El derecho a la seguridad social”, en MONEREO, J.L., MOLINA, C., MORENO, Mª N. (Dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 1507 ss.

que suministra el sistema de Seguridad Social. De forma que no puede abarcar aquellos servicios que pueden llamarse de asistencia social, ni tampoco aquellas prestaciones económicas que garantizan un cierto mínimo vital a quienes no pueden acceder a prestaciones – contributivas o no contributivas – del sistema de Seguridad Social. Estas áreas pueden ser reguladas y gestionadas por los poderes soberanos regionales, posiblemente porque el centro de gravedad de las mismas no se encuentra en la noción de ciudadanía social cualificada por el trabajo, sino que se desliza hacia la pobreza y la exclusión social como “tierra de frontera” del Estado social.

Un nuevo elemento se añade a la definición de este modelo de federalismo social escorado hacia posiciones centralizadoras en la definición de los poderes soberanos para la determinación del contenido y alcance de la protección social. En el proceso de integración externa de los Estados en la Unión Europea, con la cesión de soberanía que esto lleva consigo, la política social ha venido siendo integrada en un esquema de armonización legislativa mediante las normas comunitarias – normalmente Directivas – que imponen un resultado generalizado y común en todos los países que componen la Unión y que por consiguiente se centra en el poder normativo del Estado como elemento clave para conseguir la armonización normativa en la UE. A partir del Tratado de Ámsterdam y fundamentalmente de la Cumbre de Lisboa para fijar la estrategia europea de empleo, se pone en pie como técnica regulatoria el llamado método abierto de coordinación que, al menos en lo que se refiere a la regulación social – no así en la regulación laboral propiamente dicha – tiende a polarizar las formas de creación del derecho europeo en esa materia¹¹. La convergencia en los objetivos estratégicos de la Unión – en materia de empleo, pero posteriormente se ha ampliado este procedimiento a muchos otros dominios - en que se sintetiza esta forma de producción normativa refuerza el rol de los Estados miembros, y el protagonismo de éstos en la elaboración de sus políticas internas¹². El éxito de este procedimiento regulatorio y su aplicación a materias tan decisivas como todo el tema de la cohesión social, refuerza la

11 Entre tantas reflexiones sobre el MAC, resulta siempre interesante la exposición de SCIARRA, S., “The convergence of European Labour and Social Rights: Opening to the Open Method of Coordination”, en BERMANN, G.A., y PISTOR, K. (Eds.), *Law and Governance in an Enlarged European Union*, Columbia Law School, New York, Hart Publ., Oxford and Portland, Oregon, 2004, pp. 163 ss. Y ello pese a la relativa “decadencia” de este método de juridificación europeo con la Comisión Barroso a partir de la Cumbre de Bruselas de 2005.

12 CABEZA, J., “Estrategia Europea, Estado Autonómico y política de empleo”, en AA.VV., *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. Laborum, Murcia, 2007, pp. 22 ss.

posición del Estado en su posición de poder soberano definido con amplia capacidad normativa y regulatoria del sistema de protección social. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Cohesión Social: dar contenido a un modelo social europeo”¹³ insiste en esa idea al ligar a los Estados la “responsabilidad de promover la cohesión y la justicia social” y a sus Gobiernos la de proporcionar “sistemas de protección social que garantizan una cobertura o protección social adecuada contra los principales riesgos” en niveles que permiten “prevenir la pobreza y la exclusión social”.

No obstante, no se trata de un modelo cerrado. Desde cada uno de los vectores señalados se rastrean tendencias de signo opuesto. Así, en el nivel político, es evidente el cambio de tendencia que se ha ido produciendo en la configuración de los espacios de autogobierno a partir de la apertura de un proceso de renegociación de los Estatutos de Autonomía de algunas regiones, impulsada por el gobierno central como una segunda fundación de la estructura territorial del Estado español. A lo largo del 2006 y a inicios del 2007, es el caso emblemático del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por referéndum el 18 de junio de 2006, que sustituye al viejo Estatuto de Sau, que data de 1979, y que ha sido impugnado ante el Tribunal Constitucional entre turbulencias políticas notables¹⁴. Pero también el de la Ley que reforma el Estatuto de Autonomía del País Valenciano, también en el 2006, la aprobación del Estatuto de Autonomía de Andalucía en referéndum en el 2007, o los proyectos en marcha para la reforma del Estatuto de Galicia, entre otros. En todos ellos, la consolidación de perspectivas más descentralizadas en materia de política social es una constante.

En lo que respecta al argumento que reposa sobre el principio de unidad de mercado, posiblemente sea el que haya sufrido un mayor erosión en función precisamente de la segmentación que ha sufrido el mercado de trabajo y las consecuencias de esta fractura sobre el principio contributivo básico en los sistemas, como el español, en el que el sistema de protección social se construye desde la tutela general de la fuerza de trabajo. Las desigualdades que genera la precariedad – en todas sus vertientes, también en la psicológica y en la cultural¹⁵ – pero también las que se dan respecto de

13 *Diario Oficial de la Unión Europea* C 309/119, de 16.12.2006.

14 Turbulencias centradas en la recusación de uno de los magistrados que debería juzgar la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña, realizada en medio de un tremendo linchamiento mediático del mismo, al considerarse una pieza clave de la estrategia de la derecha española para impedir el proyecto político del gobierno español en esta materia.

15 Cfr. BRESSON, M. *Sociologie de la précarité*, Armand Colin, Paris, 2007.

la formación y cualificación de los trabajadores, los obstáculos a la igualdad de oportunidades y las nuevas necesidades de servicios que lleva consigo una sociedad post-moderna y envejecida¹⁶, pone en crisis lo contributivo como forma que expresa técnicamente la solidaridad que el sistema de seguridad social articula. Además esta crisis del principio ha generado, como forma de viabilidad del sistema, la rígida separación de las fuentes de financiación en el sistema español desde el Pacto de Toledo (1996-1997) y su reconfirmación en el 2001, y la exasperación de las características típicas del aseguramiento, provocando un proceso tendencialmente acelerado de asistencialización de la acción protectora de la seguridad social¹⁷. La otra cara de esta tendencia es el correlativo fortalecimiento de la dimensión privada – colectiva de la protección complementaria, basada en criterios de capitalización, a través de los fondos de pensiones y la exteriorización de los compromisos de mejora en contratos de seguro privados¹⁸. Este último rasgo distintivo, ligado a la perspectiva del mercado de manera fuerte en la medida en que se trata de un proceso de remercantilización de la protección social que se asienta normalmente en la negociación colectiva descentralizada o de nivel empresarial, pero que también se extiende a sectores y servicios en su totalidad¹⁹. En ese contexto complejo, las nociones de igualdad y de solidaridad, contempladas desde el prisma de la centralización o descentralización en un sistema federal, son un contenedor vacío, puesto que carecen de significado real. En un mercado por tanto fracturado y dislocado en categorías sociales y con niveles tan diferentes de acceso a la protección, el principio unitario de organización de la protección social ha perdido cualquier referencia a un mercado de trabajo homogéneo definido en el nivel del conjunto del Estado español. La fundamentación de los principios de igualdad y solidaridad en la unidad de mercado puede dar un resultado diferente del pretendido, al verificar que un mercado construido en torno a las fronteras del Estado – Nación permite en su seno disparidades muy importantes y desigualdades de tutela notables que se pueden fijar no sólo verticalmente, sino también en determinados territorios del mismo²⁰.

16 LETTIERI, A., “Jonas o della crisi dei sistema pensionistici”, en GIOVANNINI, G. (Dir.), *Il futuro delle pensioni. Demografia, sostenibilità, ideologia.*, Hediense, Roma, 2002, pp. 9 ss.

17 APARICIO, J., “La evolución regresiva de la Seguridad Social...”, cit., pp. 41- 43.

18 MONEREO, J.L., *Público y privado en el sistema de pensiones*, Tecnos, Madrid, 1996.

19 LOPEZ GANDIA, J., “La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones”, *Revista de Derecho Social* nº 25 (2004), pp. 31 ss.

20 Como se comprueba al analizar los diferenciales del desempleo y de renta en las distintas regiones

Por último, también la construcción europea de la cohesión social y de las políticas de empleo abre un amplio espacio a la acción de los órganos de gobierno regional. No sólo porque el método abierto de coordinación sólo puede ser fructífero “en la medida en que se anima la participación en los ámbitos territoriales descentralizados”²¹, de forma que se atribuyen a los órganos de gobierno regionales “crecientes competencias en el diseño, desarrollo y aplicación de las políticas de empleo”, cuestión que converge además con una cierta “territorialización” de las políticas combinadas económicas y de empleo²². En materia de cohesión social, el eje de la acción comunitaria y su propia finalidad pasa por las regiones que componen los diferentes Estados de la Unión Europea, como subraya el propio art. 158 TCE al afirmar que para reforzar la “cohesión económica y social”, se deben “reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones o islas menos favorecidas”, lo que se manifiesta en la regulación concreta de los Fondos estructurales, dirigidos directamente a las instancias infra-estatales que se localizan en el nivel regional. Este papel por desempeñar en relación con la Unión Europea es asumido explícitamente por los diferentes Estatutos de Autonomía de los gobiernos autonómicos españoles. En todos ellos, pero especialmente la hornada de la reforma estatutaria de los años 2006-2007 sobre la base del impulso político al que ya se ha aludido, se establece que la Comunidad Autónoma no sólo se concibe como un ente de autogobierno que actúa en el ámbito de la comunidad nacional, sino que su espacio “de referencia” es también la Unión Europea, lo que implica por otra parte la incorporación de los valores, principios y derechos europeos en la esfera de decisión política de la región²³.

La tensión entre la unidad y la diversidad es por consiguiente un modelo todavía abierto en el ordenamiento jurídico español, en el que se

españolas. En concreto, la rotación entre los parados y los trabajadores precarios y el nexo entre estas dos categorías se revela como una característica del mercado de trabajo español y se localiza en determinadas regiones del Estado español – como señaladamente en Andalucía o Extremadura.

21 CABEZA, J., “Estrategia europea, Estado autonómico y política de empleo”...cit., p. 43.

22 CABEZA, J., “Estrategia europea, Estado autonómico y política de empleo”...cit., p. 43.

23 Así, el Estatuto de Andalucía (2007) establece en su art. 1.4 que “la Unión Europea es ámbito de referencia de la Comunidad Autónoma, que asume sus valores y vela por el cumplimiento de sus objetivos y por el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos”, el Estatuto de la Comunidad Valenciana (2006) viene a decir lo mismo, pero explicitando que la Comunidad Valenciana es una “región de Europa”, y el art. 3.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (2006), se afirma que “Cataluña tiene en el Estado español y en la Unión Europea su espacio político y geográfico de referencia e incorpora los valores, los principios y las obligaciones que derivan del hecho de formar parte de los mismos”.

observan frecuentes asimetrías en el sentido que se ha indicado. Un ejemplo que se revela muy significativo de las tensiones regulativas que plantea el modelo español lo proporciona el tratamiento de la asistencia social y el reparto competencial que de ella resulta.

2.- *La Asistencia Social como ejemplo.*

La asistencia social representa una técnica de protección heredera de la beneficencia pública y de su lucha contra la pobreza genérica, desde la que ha evolucionado perfeccionándose²⁴. Desde ese origen genético, la asistencia social se diferencia claramente de la Seguridad Social, cuyo sujeto beneficiario es precisamente el trabajador y está basada en la noción de profesionalidad, aunque más adelante, el sistema se vuelque sobre el ciudadano al que se le protege frente a determinadas situaciones de necesidad. Por eso se ha podido decir que la asistencia como contenido de la Seguridad Social asistencial “no tiene como objeto la lucha contra la pobreza, sino contra la exclusión”, y busca asegurar al individuo “una posición de seguridad e independencia respecto de los efectos negativos del mercado”²⁵. La delimitación entre ambos conceptos no es fácil y así lo ha entendido la doctrina desde hace décadas, pues tal delimitación se ve complicada principalmente por el fenómeno conocido de “asistencialización de la Seguridad Social” que incorporan fórmulas protectoras de carácter universal. En un principio las prestaciones de asistencia social²⁶ eran de tipo discrecional, mientras que las prestaciones de seguridad social generaban para los beneficiarios plenos derechos individuales.

El caso es que en el sistema español, la asistencia social se corporeiza en dos subsistemas diferentes. De un lado, un subsistema se entiende independiente o externo al sistema de Seguridad Social, que se encomienda en exclusiva al poder de autogobierno de las Comunidades Autónomas. Este subsistema es un “mecanismo para grupos de población a los que no alcanza aquel sistema (de Seguridad Social) y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento

24 VIDA SORIA, J., “Asistencia social en el sistema de la Seguridad Social española”, *Revista de Trabajo* nº 21 (1968), pp. 23 ss.

25 MÁRQUEZ, A., *Seguridad Social y protección social: un enfoque conceptual*, Serv. Publicaciones Universidad de Málaga, Málaga, 2002, p. 177.

26 DE LA VILLA, LE., DESDENTADO A.: *La reforma del sistema español de Seguridad Social*, 2ª de, Fundación IESA, Madrid,, 1985, pág. 97: Asistencia Social se define como “un conjunto de mecanismos de protección, de financiación no contributiva, que amparan a la totalidad de los ciudadanos en estado de necesidad y que no otorgan derechos exigibles”.

actual (...) es característica de la Asistencia Social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios”²⁷. De forma que parece que existe un ámbito bien definido, al menos de forma negativa, para definir la esfera de actuación de esta noción. Las lagunas o deficiencias producidas por el sistema de Seguridad Social, constituye asistencia social, si bien –añade el TC- la ausencia de todo elemento contributivo es la nota característica en este ámbito de asistencia social, siendo este por el contrario el elemento característico de la Seguridad Social²⁸. Por tanto, servicios sociales y prestaciones económicas no contributivas, sobre la base de situaciones de pobreza o de carencia de rentas fundamentalmente han de ser el elemento material sobre el que se construye este sistema. Pero en paralelo, y conforme a una maduración de los sistemas de seguridad social, éstos incorporan también en su acción protectora medidas de asistencia social y, a partir de 1990 de forma sistemática, toda una red de prestaciones no contributivas, en especial en materia de incapacidad y jubilación. Naturalmente que sobre este tipo de prestaciones rigen los principios unitarios y homogeneizadores que de derivan de los principios de igualdad y de solidaridad que residencian las competencias normativas y económicas básicas en el nivel centralizado como competencia estatal. La separación de estas dos esferas ha sido criticado por una parte importante de la doctrina que parte de un enfoque unitario de la Asistencia Social que integre la asistencia social autonómica en el sistema de seguridad social. Esta tesis, sostenida fundamentalmente a partir del reconocimiento en numerosas Comunidades Autónomas del derecho a una renta de inserción o mínimo vital²⁹, tiene una gran vitalidad todavía, como se demuestra respecto de la defensa de la integración de nuevas situaciones de necesidad, como la de la dependencia, en el sistema de Seguridad Social³⁰. Con todo, la situación de partida a través de la

27 El citado Fdo Jco 6º STC 76/1986, de 9 de junio.

28 En 1990, las prestaciones no contributivas obedecen a esta concepción, el legislador a virtud del art. 41 CE garantiza una asistencia y prestaciones para todos con independencia de la cotización del individuo. Introduciendo en el sistema de Seguridad Social, un modelo mixto, al introducirse el elemento asistencial, en HURTADO GONZALEZ L.: “Asistencia Social y Seguridad Social: sus fronteras actuales” en *Actualidad Laboral* núm., 25 (1993), pag. 45; GARCIA-NÚÑEZ SERRANO F.: “Los complementos autonómicos: ¿Seguridad Social o Asistencia Social?”, *RMAS* núm. 34, pág. 143.

29 MONEREO, J.L y MOLINA, C., *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 1999, pp. 191 ss.

30 CABEZA, J., “Cuestiones sobre el seguro de dependencia”, en AESS, *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y adaptabilidad del sistema*, Laborum, Murcia, 2006, pp. 40 ss.; RODRIGUEZ, E., “El contenido constitucional de la dependencia”, *Revista de Derecho Social* nº 36 (“006), pp. 106 ss.

interpretación constitucional del art. 41 CE, permite inferir la existencia de una asistencia social “interna” al sistema de Seguridad Social que obedece al carácter dinámico y expansivo de dicho sistema, la cual queda delimitada por las prestaciones de la Seguridad Social ajenas al esquema contributivo y de aseguramiento de riesgos y destinadas a sufragar situaciones de necesidad no cubiertas por las pensiones, y una asistencia social “externa” al sistema de la Seguridad Social, compuesta por otras ayudas cuya prestación no está prevista por las normas del sistema de Seguridad social y de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas”³¹.

El caso es que esta separación funciona de forma dinámica, pero las líneas fronterizas entre las prestaciones de Seguridad Social y las de Asistencia Social se han difuminado sobre la base de la universalización de la Seguridad Social, lo que ha provocado que se “mezclen” en los ámbitos de la seguridad social con criterios o parámetros más propios de la Asistencia social. A ello, también ha contribuido el reconocimiento de auténticos derechos en favor de prestaciones y servicios en la esfera asistencial. Para el TC, la asistencia social es un “conjunto de acciones y técnicas de protección que quedan al margen de la Seguridad Social”, pero las medidas de asistencia social pueden incidir en personas que ya son beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social. Así ha sucedido en el caso de la Comunidad Autónoma Andaluza que en uso de su potestad normativa en materia de asistencia social, dispuso un complemento autonómico extraordinario para la pensión no contributiva de jubilación e invalidez del sistema de Seguridad Social. El supuesto se consideró por ciertos sectores políticos y por los propios interlocutores sociales como un hecho conflictivo de carácter simbólico frente al que había que reaccionar con vigor y el tema se planteó ante el Tribunal Constitucional, que dictó una sentencia – la ya citada 239/2002, de 11 de diciembre – con varios votos particulares, como manifestación de lo sensible que resultaba ese tema. La Sentencia del Tribunal Constitucional camina en una dirección prudentemente descentralizadora, pero fue muy mal recibida por el gobierno conservador del Partido Popular, el cual, de manera improcedente a nuestro juicio, decidió reformar la Ley General de Seguridad Social en sentido contrario a la orientación marcada por el Tribunal Constitucional. El cambio electoral en el 2004 posibilitó que el nuevo gobierno volviera a reformar la ley aceptando de manera coherente las decisiones que sobre la constitucionalidad del reparto competencial que había realizado en esta materia el Tribunal Constitucional.

31 FJ 5º STC 239/2002, de 11 de diciembre.

El análisis que realiza la STC 239/2002 merece traerse a colación por su claridad expositiva. El Tribunal constata que el sistema de Seguridad Social español se fundamenta, en el momento histórico de la promulgación de la Constitución, “en un doble pilar: el principio contributivo y la cobertura de riesgos que se hubieran efectivamente producido”, tal y como se fijaba en los arts. 15 y 20 LGSS de 1974 que regulaban la obligatoriedad de la cotización y la acción protectora del sistema. Pero además, el sistema de Seguridad Social, se ponía en relación en la fórmula constitucional del art. 41 con “las situaciones o estados de necesidad. Y por ello, se “configura como una “función de Estado” para atender a situaciones de necesidad que pueden ir más allá de la cobertura contributiva³². En el ámbito de la Asistencia Social, esta se integraba como prestación complementaria de las previstas en los art. 20.2, 36 y 37 de la LGSS (1974); tenía carácter residual y su reconocimiento era discrecional. Además, confluía una Asistencia Social externa a la Seguridad Social, dispensada por el Estado, las Diputaciones, Ayuntamientos que se articulaba como instrumento protector ante situaciones de necesidad específicas a colectivos donde no alcanzaba la Seguridad Social.

A partir de entonces el sistema de Seguridad Social puede incluir en su ámbito no sólo las prestaciones de carácter contributivo existentes tras 1978, sino también una protección no contributiva, que es la única que puede garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes a todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad. El Alto Tribunal, interpreta la normativa de forma novedosa al ampliar el ámbito de la materia de la Seguridad Social. El art. 41 CE consagra “un sistema de protección social encomendado a los poderes públicos que tiene como eje fundamental, aunque no único, al sistema de Seguridad Social de carácter imperativo, el cual coexiste con otros complementarios”. Y subraya “la neutralidad del precepto desde la perspectiva de la distribución de competencias, puesto que si el sistema de Seguridad Social debe tener en cuenta, para el reparto de competencias en su seno, las que respectivamente, correspondan al Estado y a las CCAA en dicha materia, también los restantes segmentos de protección social que no se incluyen en aquel sistema reconducen a la distribución de competencias que resulte propia de la medida de protección

32 Precisamente el voto particular se articula en torno a la discrepancia de este argumento, Conde (fdo 2º) considera incorrecto “el binomio conceptual principio contributivo y cobertura de riesgos, como síntesis de los elementos estructurales caracterizadores de la Seguridad Social preconstitucional”

social implicada en cada caso”³³. Por lo que respecta a la asistencia social, en esta segunda perspectiva, el TC se limita a razonar que la existencia de una asistencia social interna al sistema de Seguridad Social en el momento de aprobación de la CE y el propio artículo 41 al hacer referencia a la garantía de “asistencia y prestaciones sociales suficientes” obliga al sistema de Seguridad Social a subsanar la incorrección del constituyente al emplear el término asistencia social de forma general, sobre la base de entender que la previsión del art. 148.1.20 CE se refería en principio a la asistencia social externa a la Seguridad Social³⁴.

En definitiva, sobre la base de la confluencia entre la Asistencia Social y la Seguridad Social asistencial, como resultado de la ampliación de sus respectivos ámbitos materiales, pueden producirse perturbaciones entre ambos. El carácter universal de la Seguridad Social y la ampliación de su campo de protección a su asistencialización, se produce mediante la incorporación al sistema de Seguridad Social las prestaciones no contributivas –Ley 26/1990-, que presentan elementos esencialmente asistenciales al estar sujetas al computo de ingresos económicos y financiarse a través de los impuestos, pero también mediante los complementos de las pensiones de viudedad, que no dejan de tener elementos asistenciales y se nutren de cuotas e ingresos de la Seguridad Social³⁵. Por lo tanto, la inclusión subjetiva en el sistema de Seguridad Social, pudiendo ser un elemento a valorar en cada caso, debe ponderarse con suma cautela, pues difícilmente puede ser determinante o concluyente del deslinde competencial entre aquella materia y la de “Asistencia Social”, como tampoco lo es respecto del deslinde con el “mutualismo no incluido en la Seguridad Social” o con los “fondos y planes de pensiones”, pues nada impide recibir prestaciones de la Seguridad Social y otras complementarias provenientes del mutualismo libre o de los fondos de pensiones”³⁶.

De esta manera, “nada impediría desde la perspectiva de la legitimidad constitucional, que las CCAA con competencia en materia de “Asistencia Social” otorgasen ayudas de esta naturaleza a colectivos de personas que, aun percibiendo prestaciones asistenciales del Sistema de Seguridad Social, se encontraran en situación de necesidad, siempre que con dicho otorgamiento no se produzca una modificación o perturbación de

33 Los entrecomillados pertenecen al fdo jco 6°. En este aspecto, nuevamente hace regencia el voto particular, niega el sentido innovador del art. 41 CE

34 Vid Fdo Jco 7°.

35 Fdo Jco 8°.

36 Entrecomillado Fdo Jco 6°.

dicho Sistema o de su régimen económico”³⁷. Aún más, se entiende que es una exigencia del Estado Social de Derecho que quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del Sistema de la Seguridad Social puedan acceder a otros beneficios o ayudas de carácter o naturaleza diferente, habida cuenta de que esta zona asistencial interna al Sistema coincide con el art. 148.1.20 EC.

Por tanto, esta “unión” no puede impedir a las CCAA que actúen en esta “zona común” cuando ostentan título competencial suficiente, máxime si se considera que, “en determinadas coyunturas económicas, el ámbito de protección de la Seguridad Social pudiera conllevar limitaciones asistenciales y prestacionales que, por ello, precisen de complementación con otras fuentes para asegurar el principio de suficiencia al que alude el art. 41 CE. El tema es importante, porque mediante esta interpretación constitucional, la aplicación de un cierto tipo de federalismo social mas descentralizado a esta nueva fase de la protección social debiera suponer “abandonar los viejos principios de control y jerarquía administrativa centralizadora, y partir de verdaderos esquemas de autonomía financiera y de gestión guiados por los principios de coordinación y leal colaboración interadministrativa”³⁸. En la actualidad, los avances legislativos en esta materia son fruto de la permanente adaptación a las nuevas circunstancias sociales. Estos cambios, deben conceptualizarse como fruto del dinamismo, que se extiende por una parte hacia la consecución de la universalidad subjetiva de cobertura³⁹ y la universalidad objetiva, entendida como la protección frente a los estados de necesidad en que los individuos pueden verse inmersos, cuando se concretan en ellos ciertos riesgos sociales. Estos riesgos social su conceptualización en nuestra opinión constituyen el centro del debate, pues los mismos parecen que no tienen fin en su delimitación y alcance, y ello entronca con el verdadero problema de qué necesidades deben estar cubiertas por el Sistema de la Seguridad Social y además de forma suficiente⁴⁰ y cuales por la asistencia social y hasta qué nivel de protección.

37 Entrecorillado Fdo Jco 7°.

38 LANDA, J.P.: “La organización de la sanidad pública ante la jurisprudencia constitucional: una reflexión sobre este modelo de reparto competencial entre el Estado y comunidades autónomas y sobre su posible extensión a otros ámbitos de la protección social”, *Revista de Derecho Social* nº 6 (1999), pp. 131-133.

39 Todos los ciudadanos e incluso residentes en el territorio del Estado deben estar integrados en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social.

40 APARICIO, J: “Sobre la suficiencia de las prestaciones con ocasión de las recientes reformas del Sistema de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social* núm. 17, (2002), pág. 235 y ss.

A AFIRMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E DOS REGIMES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO – A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

César Augusto S. da Silva

Advogado e Mestre em Direito e Relações Internacionais
pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.
Coordenador e Professor de Direito Internacional da
Faculdade de Direito da UFGD – Universidade Federal da
Grande Dourados.

Sumário: Introdução. 1. A concepção contemporânea dos direitos humanos e as relações internacionais. 2. O direito internacional em direitos humanos e os regimes internacionais. 3. A educação em direitos humanos. Conclusão.

Introdução

Estas anotações buscam dar uma contribuição a respeito da trajetória e promoção do direito internacional dos direitos humanos no aniversário de sessenta anos da Declaração Universal de 1948, enquanto novo ramo do direito internacional no contexto das relações internacionais contemporâneas. Também se estabelecem as conexões com os outros ramos do direito internacional de proteção ao ser humano e principalmente com a educação em direitos humanos em particular, de modo a estabelecer um caminho de superação dos problemas sistêmicos de violação de suas normas.

Num primeiro momento uma reflexão mais ampla sobre os fundamentos e as origens da concepção contemporânea dos direitos humanos como assunto global, assim como a marcha em torno de sua universalização, indivisibilidade e integralidade, e seus desafios em torno da soberania nacional e do relativismo cultural.

Com base no levantamento bibliográfico da doutrina de direito internacional dos direitos humanos, e também com gênese na teoria dos regimes internacionais das relações internacionais aplicável à temática dos direitos humanos procura-se demonstrar as ligações entre os diversos regimes de proteção da pessoa humana tendo em comum o princípio da

dignidade humana e o da alteridade, partindo-se do direito cosmopolita kantiano configurado desde a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e os instrumentos normativos que a completaram.

Os problemas relacionados à falta de informação do público em geral a respeito da educação em direitos humanos e do desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, bem como o fato de que tais questões são dos principais objetivos a serem desenvolvidos pelo novo Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – CDH - inaugurado em 2005, justificam este trabalho na busca pela reversão paulatina e contínua das violações maciças destes direitos que continuam ocorrendo de forma sistêmica ao redor do mundo, mesmo com a presença dos regimes internacionais de proteção desde meados do século XX.

Se procura vislumbrar que a educação em direitos humanos e o efetivo desenvolvimento nas sociedades nacionais do direito internacional dos direitos humanos são soluções possíveis para reverter uma mentalidade de violações maciças que continuam sistematicamente a ocorrer nas mais diversas regiões do planeta.

1. A concepção contemporânea do Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Relações Internacionais

A concepção contemporânea de direitos humanos com pretensões globais é inaugurada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 no contexto do fim da Segunda Guerra Mundial. Seus trinta artigos estabelecem solenemente, naquele novo mundo que se inaugurava, direitos aos seres humanos aos quais os Estados nacionais deveriam se comprometer e proteger. Se em 1948 eram pouco menos do que cinquenta nações que se comprometiam, já em 1993, na esteira da realização da II Conferência Mundial de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, este número havia subido para mais de cento e noventa nações, demonstrando o vertiginoso aumento da internacionalização dos direitos humanos.

Ainda que a Declaração tenha sido preparada em momento histórico no qual os Estados reafirmavam não terem as Nações Unidas em geral ou a recém criada Comissão de Direitos Humanos – CDH- em particular, poder para agir em relação às queixas contra violações de direitos humanos e não se dispusessem a aceitar obrigações decorrentes de tratados internacionais nessa matéria, é considerado de forma tal que é um documento ímpar ao reagir à barbárie produzida pelos regimes políticos totalitários no contexto da Segunda Guerra Mundial.

Se nenhum Estado quis o comprometimento global imediato com a Declaração ao mesmo tempo nenhum dos Estados votou contra a aprovação do documento na Assembléia Geral da ONU. Porém muitos dos direitos foram formulados de maneira imprecisa, dando margem a várias interpretações nacionais, principalmente à aplicação dos direitos sociais¹.

Tal instrumento internacional, mesmo com estas limitações, e considerada uma *soft law* no ambiente internacional, inaugura o novíssimo direito internacional dos direitos humanos como um ramo do direito que estabelece uma dinâmica jurídica própria já preconizada pelo filósofo Immanuel Kant, duzentos anos antes, em sua “A Paz Perpétua”, ou seja, o chamado direito cosmopolita².

Para o racionalismo otimista do filósofo alemão, a idéia da obediência ao direito como um dever moral interno de cada ser humano conforme a razão e que se torne uma legislação universal, é necessária para assegurar a paz mundial entre os povos, incrementado pela crescente interdependência, em especial com a intensificação do comércio internacional. Reflexão retomada dois séculos depois por outro filósofo alemão, Jurgen Habermas, considerando que a paz perpétua é um elemento característico importante, mas que não passa de um sintoma da condição cosmopolita³.

Habermas buscando reinterpretar esta passagem do filósofo de Königsberg, estabelece críticas de que a idéia kantiana de condição cosmopolita precisa ser reformulada, sob pena de perder o contato com a atual situação mundial e tornar-se obsoleta. Para Habermas⁴, a essência deste direito cosmopolita consiste em que ele fique acima e interaja dialeticamente com os sujeitos tradicionais de direito internacional público: os Estados nacionais. Nesta condição, os seres humanos, enquanto cidadãos, seriam membros de uma associação de cidadãos de um mundo completamente livres e iguais em uma federação de povos e Estados.

Em outras palavras, segundo esta concepção, todo indivíduo seria ao mesmo tempo cidadão do mundo, no sentido jurídico da palavra, e cidadão de um Estado nacional em particular. O ser humano, portanto, é considerado um membro de uma sociedade nacional e simultaneamente membro de uma sociedade de dimensões mundiais, mas com as limitações

1 BARAZAL, Neuza Romero. Yanomami: um povo em luta pelos direitos humanos. São Paulo: USP, 2001, p.145.

2 KANT, Immanuel. À Paz Perpétua. Tradução Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989, p. 43.

3 HABERMAS, Jurgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p.193.

4 HABERMAS, Jurgen. Op. Cit. p.207-211.

delineadas pelo próprio Habermas conforme narra Soraya Nour⁵, de modo a não haver intervenções de um Estado ou grupo de Estados em outro em nome da humanidade, e também como descreve John Rawls⁶.

A idéia de Kant parece exigir que a sociedade civil organizada coincida com a comunidade internacional, de modo que a coincidência eliminaria automaticamente o estado de natureza entre as nações, estabelecendo *uma federação de povos* isenta de coação, dentro do qual os direitos de cada um pudessem estar assegurados, só sendo possível em estados democráticos constitucionais. Na filosofia política kantiana um sentido de hospitalidade e vizinhança amigável substitui a inimizade e a agressividade entre as nações em direção a uma república de povos livres confederados.

As instituições internacionais e não-governamentais de direitos humanos, configuradas com o fim da Segunda Guerra Mundial, parecem absorver esta filosofia kantiana e desde então procuram colocá-la em prática ao monitorarem as atividades dos Estados nesta área: relatórios, classificações e monitoramentos a respeito da cultura e implementação destes direitos, em uma orientação para uma política cosmopolita dos direitos humanos.

Como expressa o mesmo Habermas⁷, o desenvolvimento posterior dos documentos internacionais acabou indo para além de Kant: a Carta do Atlântico de 1941 e a Carta de São Francisco, fundadora da ONU, de 1945, **obrigam** seus Estados-membros a observarem e cumprirem os direitos humanos e as liberdades fundamentais, do mesmo modo que as normativas posteriores que regulamentaram a Declaração e incorporadas ao ordenamento jurídico da maioria dos Estados.

Os direitos humanos em sua idéia contemporânea têm concepção histórica e moral, e por isso, devem também ser justificados a partir do ponto de vista moral, e assim se aplicaria o princípio da universalidade. Neste sentido, leve-se em conta o raciocínio de que os direitos humanos implicam em direitos básicos mínimos, um chamado mínimo ético universal propagada pela doutrina dos direitos fundamentais constitucionais construídos doutrinariamente dentre outros pelo jurista tedesco Robert Alexy⁸.

5 NOUR, Soraya. *Á Paz Perpétua de Kant-filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.168.

6 RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 106.

7 HABERMAS, Jurgen. *Op. cit.* p. 212.

8 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón. Madrid:

Na análise de Norberto Bobbio, por outro lado, depois da Declaração Universal de 1948, pode-se dizer que a proteção dos direitos derivados da dignidade humana passou a ter ao mesmo tempo eficácia jurídica e valor universal, diferentemente de outrora. O indivíduo, por sua vez, de sujeito de direito do Estado nacional passou a ser também sujeito de uma comunidade internacional, com grande potencial para a universalidade, ainda que o filósofo italiano considere impossível uma fundamentação absoluta destes direitos⁹.

A Declaração pode ser vislumbrada, então, enquanto uma hermenêutica autorizada da Carta de São Francisco, como reveladora dos princípios gerais do Direito Internacional dos Direitos Humanos ou como aglutinadora de regras gerais de natureza consuetudinária, terminando por ocupar uma importância ímpar na sedimentação do respeito peremptório aos valores que abrange e deve perpetuar.

E a inspiração kantiana em torno do cosmopolitismo pode ser vislumbrada desde a Declaração Universal até a orientação política dos atuais organismos internacionais em torno dos direitos humanos, encarando-os como direitos morais derivados da dignidade humana cuja validade ultrapassa a ordem jurídica dos Estados nacionais na ação humanitária ao redor do mundo.

Direitos estes que não bastam estar em vigor e de serem realizados pela força estatal, eles devem ter uma justificação racional para deste modo ter uma validade universal, ou seja, válidos e exigíveis em qualquer lugar e a qualquer momento, como buscava a antiga doutrina dos direitos naturais, ainda que naquele contexto apenas uma idéia metafísica e que não levava em conta o contexto histórico da situação concreta do homem.

Fora isso, a idéia dos direitos humanos não cabia no pensamento do mundo antigo, não se encontrando esboço nenhum desse conceito universal nas *Institutas* de Gaio, no *Corpus juris civilis* do direito romano, ou ainda no *Código de Manú*. Conforme Michel Villey o termo “*jura hominum*” teria aparecido pela primeira vez em 1537, na história diplomática do *Rerum Bataviarum*¹⁰. A data deste texto indica claramente que o termo e a idéia dos direitos humanos universais pertencem ao nascimento da modernidade e se inserem na evolução gradativa que acompanha o direito e altera e amplia seu conceito. Mas não indicava uma programação a realizar para consagrar

Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 240-245.

9 BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política – a filosofia política e a lição dos clássicos. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.486.

10 VILLEY, Michel. Le droit et les droits de l’homme. PUF, 1983, p.159.

determinada idéia de antropocentrismo e de “direitos subjetivos” que lhe seriam naturalmente inerentes e seriam exigíveis perante os nascentes estados nacionais.

Por outro lado, modernamente como analisa Soraya Nour¹¹, os direitos fundamentais da pessoa humana, vivendo na estrutura do ordenamento jurídico estatal, são direitos subjetivos exigíveis e não se confundem com normas éticas puramente abstratas, ou seja, são justiciáveis, pois podem ser buscados no poder judiciário dos Estados. Neste viés, deve-se lembrar, que em Kant os direitos humanos encontram seu lugar na doutrina do direito, ou seja, antes de qualquer coisa, eles necessitam de um quadro jurídico normativo para petrificá-los, e não ser confundido com princípios éticos abstratos ou simplesmente com as divergências políticas típicas da arena internacional.

Há mais de duzentos anos Kant refletia em favor de um direito civil universal superior aos ordenamentos jurídicos nacionais; porém, ele não estabelecia isso ao lado da supressão da miríade de Estados em favor de um Estado único mundial. O que ele parecia realmente pretender era dar uma resposta política e jurídica à interdependência complexa que se considerava inexorável naquele momento histórico de final do século XVIII, marcado pelo movimento político e cultural do Iluminismo e das revoluções burguesas.

Mas com o objetivo de estabelecer um limite entre um “*jus cosmopoliticum*” e um ideal humanitário abstrato, Kant acentua que está falando de direito e de hospitalidade e não simplesmente de filantropia¹². Como lembra Heiner Bielefeldt¹³, Kant afirma que a necessidade de uma ordem normativa civil universal advém também do relacionamento real historicamente alcançado pela humanidade, o que justifica a ordenação jurídica concreta.

Assim, a idéia de uma legislação civil universal não é nenhuma idéia utópica irrealizável ou exagerada de direito. Mas, no pensamento kantiano, uma complementação necessária para um código jurídico público ainda não elaborado de direitos humanos tanto de Estados como dos próprios povos.

O maior problema do gênero humano, escreve Kant, consiste em chegar a uma sociedade civil que administre o direito em geral. Os

11 NOUR, Soraya. Op. cit. p. 169.

12 KANT, Immanuel. Ob. cit. p. 43.

13 BIELEFELDT, Heiner. Filosofia dos direitos humanos. Tradução Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2000, p. 53.

homens como espécie são as únicas criaturas racionais sobre a Terra cujas disposições naturais apontam para o uso da razão, devendo desenvolver-se completamente, e a doutrina do direito kantiano aponta para uma história universal no sentido cosmopolita¹⁴.

A desistência voluntária das soberanias clássicas por parte dos Estados não ofereceria nenhuma dificuldade no pensamento kantiano. A república mundial restringiria apenas a soberania interestatal, mas não a intra-estatal; é então, um estado mundial extremamente mínimo que administraria no limite os possíveis conflitos que pudessem existir e os Estados nacionais manteriam suas soberanias internas.

Na linha de Kant, na ordem cosmopolita os Estados nacionais não desapareceriam por completo, somente perdendo a condição de centros exclusivos de legitimidade dentro de suas fronteiras, sendo redefinidos como elementos do ordenamento democrático global ao lado de outros corpos políticos da sociedade civil organizada.

Fora isso, a soberania nasceu como um conceito político que depois se materializou nas constituições nacionais dos Estados na ordem westphaliana, advindo essencialmente dos trabalhos de Jean Bodin ainda no século XVI¹⁵. Passou por uma grande transformação nos últimos trezentos anos e não apresenta mais as suas características de nascimento, falando-se, por exemplo, em governança global há algumas décadas¹⁶.

E voltando a Kant, sua tripartição do direito público chega um ponto singular no direito cosmopolita, na medida em que se trata de pessoas e estados em comunhão unilateral enquanto cidadãos de um estado universal de seres humanos. Criticando o colonialismo e o imperialismo europeu, Kant coloca que somente pelo direito cosmopolita organizado em uma grande república mundial confederada poderia se chegar ao estado da paz perpétua¹⁷.

O princípio máximo desse direito cosmopolita seria a regra da hospitalidade pela qual todo estrangeiro deveria ser bem recebido e tratado como se um nacional fosse. Ou seja, significaria dizer que somente seria destinatário de hospitalidade caso não contrariasse a ordem pública do país

14 KANT, Immanuel. *Filosofia de la historia*. Tradução Eugenio Ímaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p.48.

15 BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo:Unimarco Editora, 2001, p. 240- 260.

16 ROSENAU, James N. CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Tradução Sérgio Bath. Brasília/São Paulo:UnB/Imprensa Oficial, 2000, p.11- 46.

17 In: ROHDEN, Valério (coord.). *Kant e a instituição da paz*. Porto Alegre: UFRGS, 1997, p.92.

em que estivesse hospedado. Desse modo, aquele que se beneficiaria com a hospitalidade estrangeira não pode dela se aproveitar para destruir o Estado que o recebe e nem ameaçar sua própria existência.

Para Habermas, que dialoga com Kant, o objetivo a alcançar parece ser este: o desejável seria contar com condições para o desenvolvimento de uma política no interior dos Estados em nível planetário guiado pelo princípio jurídico dos direitos humanos, essência de um chamado “Estado cosmopolita” dotado de instrumentos normativos de força executiva para fazer respeitar a lei e punir os delitos aos direitos humanos enquanto “ações criminais”, em direção a uma democracia cosmopolita¹⁸.

E os direitos humanos, portanto, como expressão desta nova dimensão de direito, de inspiração kantiana, cujo conteúdo normativo vem evoluindo desde a tradição da doutrina do direito natural e da construção dos Estados democráticos constitucionais, e na modernidade positivados desde as Declarações francesas e norte-americanas do século XVIII, estariam consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, porém com um novo âmbito de validade de suas disposições, tal qual expõe Bobbio¹⁹.

Nesta perspectiva contemporânea, os direitos humanos procuram responder ao antigo desafio de como garantir os direitos individuais e sociais da cidadania, unindo-os e petrificando-os nas legislações nacionais dos Estados, minimamente, e oferecendo todos os direitos devidos aos seres humanos apenas porque são seres humanos. Apontando as possíveis soluções das incertezas do convívio humano, ou seja, como os seres humanos deveriam viver conjuntamente com um mínimo de rivalidade e conflito, enquanto mantêm a liberdade de escolha e a auto-afirmação. Como aponta Zygmunt Bauman: “*como alcançar a unidade na diferença e como preservar a diferença na unidade?*”²⁰

Para este desafio, o direito deve ir além do domínio reservado dos Estados ou de qualquer outra organização política, buscando proteger os chamados valores intrínsecos do ser humano, retomando a origem do direito internacional, ao *jus gentium*²¹ clássico antes de sua concepção moderna westphaliana criada em 1648. Em outras palavras, o direito internacional dos direitos humanos consagra o ser humano como titular

18 In: VELASCO E CRUZ, Sebastião C. Globalização, democracia e ordem internacional-ensaios de teoria e história. SP: UNESP, 2004, p. 232.

19 BOBBIO, Norberto. Op. Cit. p. 485.

20 BAUMAN, Zygmunt. Identidade. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2005, p. 48.

21 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. O Direito internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1043.

de direitos e obrigações para além do direito nacional ou do direito inter estatal, resgatando a origem do direito das gentes.

E ainda que Hannah Arendt tenha razão, em sua reflexão a respeito da condição humana - narrada por Celso Lafer²², e que não seja verdade que “*todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*” como afirma o artigo 1º da Declaração Universal de 1948, inspirada pela Declaração de Virgínia de 1776 (artigo 1º) e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (art. 1º), da Revolução Francesa, e que na verdade os direitos humanos sejam um “*construído*” histórico, elaborado pela ação conjunta dos homens através da organização política, *tornando-se iguais*, a Declaração da ONU é sem dúvida um divisor de águas no clássico direito internacional.

Pois, até aquele momento histórico, o direito internacional era visto como um direito entre nações, e no limite, entre organizações internacionais derivadas dos próprios Estados. Desde a Paz de Westfália até meados do século XX era um direito exclusivamente exercido por Estados e para Estados. O ser humano estava excluído destas relações jurídicas, sendo que seus direitos seriam protegidos somente pelo direito nacional.

Sempre é salutar lembrar que a visão do direito internacional dos doutrinadores fundadores da disciplina, tais como Hugo Grotius, (Do Direito da Guerra e da Paz), Francisco de Vitória (O Direito da Guerra e os Índios), Albérico Gentili (Do Direito da Guerra) levava em conta um verdadeiro *jus gentium* universal²³, que infelizmente após Westfália não foram seguidos, e que o Direito Internacional dos Direitos Humanos procura retomar.

Francisco de Vitória, por exemplo, que em alguns aspectos pode ser considerado mais avançado do que Alberico Gentili ou Hugo Grotius, como comenta Luigi Ferrajoli²⁴, reinventa a doutrina jurídica lançando as raízes do que seria conhecido como direito internacional moderno. Dentre outras inovações, estabelece a idéia do “*totus orbis*”, ou seja, da humanidade como pessoa moral representativa de todo o gênero humano.

Coube a Francisco de Vitória, influenciado pela doutrina da escolástica, ao colocar uma espécie de ponto final na estrutura medieval que regia as relações entre reinos e impérios àquela época, expor uma construção sistemática de direito internacional com o objetivo da paz,

22 LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.150.

23 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Op. Cit. p. 1040-1109.

24 FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno. Tradução Karina Janinni. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 9.

levando em conta toda a humanidade enquanto uma grande comunidade universal do gênero humano em um contexto de descoberta do chamado Novo Mundo aos olhos dos europeus.

Defende uma função instrumental para o Estado nacional, uma concepção inserida na impossibilidade da divisão originária e natural da comunidade dos homens. A divisão feita pelos Estados baseado nas noções de nacionalidade e soberania foi uma necessidade destinada a amparar a fragilidade da espécie humana, de modo a providenciar sua segurança e defesa. Tal movimento não suprimiria a comunidade originária, e aqui derivaria o *jus communicationes*, o direito que cada homem tem de ir de um lado para o outro em torno do planeta Terra, sem ser molestado.

O professor de Teologia de Salamanca entre 1526 e 1546 fez uma notável análise da legitimidade que teriam os espanhóis para dominar os habitantes do Novo Mundo, os índios. Estabeleceu uma corajosa defesa dos direitos dos indígenas naquele contexto histórico adverso aos habitantes do Novo Mundo, marcado pela superstição e pelo domínio eclesiástico²⁵. Como analisa James Brierly²⁶, o ensinamento de Vitória sobre este ponto específico representou um passo fundamental para a transformação do direito internacional em um ordenamento jurídico global.

Ou seja, significou que um direito nascido entre os príncipes cristãos da Europa não se entendia como limitado a estes ou às suas relações recíprocas, mas como um ordenamento universalmente válido porque derivado de uma lei natural e costumeira aplicável a todos os homens e em todos os lugares.

A idéia de uma ordem jurídica sem uma autoridade política central ou eclesiástica suprema foi extremamente inovadora naquele contexto do século XVII e teve conseqüências tão profundas para a história que imortalizou os nomes dos doutrinadores do direito internacional, citados anteriormente enquanto os fundadores da disciplina²⁷. Porém, esta ordem que consagraria tais autores não seguiria á risca seus ensinamentos quanto ao *jus gentium universal*.

Ou seja, um novo direito que retorna em parte às suas origens de *jus gentium* romano amplificado com as reflexões dos primeiros doutrinadores

25 VITÓRIA, Francisco de. Os índios e o direito da guerra. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí/RS: Unijuí, 2006, p.59-91.

26 BRIERLY, James Leslie. Direito internacional. Tradução M.R. Crucho de Almeida. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 25.

27 BOBBIT, Philip. A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações. Tradução Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p.484-494.

do direito internacional para a formação de um novo direito de modo a abarcar a toda a humanidade no sentido cosmopolita kantiano, com o enriquecimento e a dialética dos conceitos de igualdade e liberdade.

É lógico que os ideais políticos consagrados da plena igualdade e liberdade entre os homens ainda é um objetivo a ser alcançado não correspondendo ao que se observa hoje na realidade. No pensamento de Hannah Arendt²⁸ tal realidade podia ser vislumbrada na questão da negação da cidadania para os refugiados e apátridas, no contexto da II Guerra Mundial, situação inédita naquele contexto. Porém, a filósofa debateu este problema antes do crescimento vertiginoso da agenda social da Organização das Nações Unidas a partir da década de sessenta, incluindo deslocados internos, apátridas e refugiados.

E assim mesmo, ainda que possuía de profundo ceticismo em relação ao universalismo normativo dos direitos humanos e sua implementação, considerando-os uma abstração apolítica, Arendt acaba reconhecendo no limite o direito humano de pertencer a uma comunidade política e o chamado “*direito a ter direitos*”, baseado em uma nova situação histórica, reconhecendo a inevitabilidade da união da humanidade como uma próxima realidade a ser vivida²⁹.

Pois, é preciso lembrar os diferentes significados que podem ser dados a liberdade e igualdade e de que o conflito proposto pelos blocos socialistas e capitalistas durante a Guerra Fria, quando os direitos humanos foram usados como plataforma de política externa³⁰, não corresponde a uma dicotomia absoluta: como lembra Bobbio³¹, estão em aparente conflito a liberdade negativa e a igualdade material nas sociedades humanas, mas não a liberdade positiva e a igualdade política.

Estão certamente em harmonia e não são excludentes a liberdade positiva e a igualdade política. E como estão redefinidos os conceitos da liberdade e da igualdade a partir da experiência humana neste último quarto de século e nos documentos normativos que completariam os regimes internacionais de proteção do ser humano, de fato, não há nenhuma contradição em particular na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em afirmar a unidade de direitos que podem exigir um comportamento intervencionista ou não do Estado na vida privada dos indivíduos.

28 ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.324-336.

29 ARENDT, Hannah. *Ob. Cit.* p. 330.

30 SCHLESINGER JR, Arthur. “Los Derechos Humanos y la tradición estadounidense” In: *Foreign Affairs* – em espanhol. V. 3, n. 3, 2003, p.227- 245.

31 BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p 496.

Mas, independentemente da fundamentação teórica dos direitos humanos, a iniciativa da criação da Declaração Universal iniciou uma campanha política que conseguiu efetivamente inscrever de maneira indelével os direitos humanos na agenda da política internacional e na consciência coletiva dos povos, um notável feito considerando que ocorreu em um dos séculos mais “desumanos” da história como bem observa Arthur Schlesinger Jr.³².

A Assembléia Geral das Nações Unidas adotaram pela resolução 217 A (III) a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948, que procurou romper com a tradição jurídica do direito internacional advinda desde Westfália na medida em que procura reconhecer o ser humano como titular de direitos e obrigações no plano internacional.

E como lembra o mesmo Bobbio³³, desde então, o problema fundamental contemporâneo em relação aos direitos humanos não é justificá-los ou procurar princípios absolutos, mas o de protegê-los e realizá-los efetivamente, enquanto o salto qualitativo da humanidade em direção a um comportamento de boa convivência e respeito ao próximo. Em outras palavras, o debate alcança o mundo político das sociedades e dos Estados, e não se fixa apenas no campo da fundamentação filosófica.

E então, este novo regime jurídico, paulatinamente no campo da política internacional, criou regimes internacionais tanto em nível global como em nível regional, de modo a tutelar a proteção do ser humano e monitorar as violações mais graves perpetuadas nas sociedades, principalmente aquelas praticadas pelos agentes públicos dos Estados nacionais contra sua própria população.

2. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e os regimes internacionais

A teoria dos regimes internacionais, proposta inicialmente pelo cientista político John Ruggie³⁴, mas consagrada por Stephen D. Krasner³⁵, é aquela que se refere ao conjunto de princípios, normas, regras e

32 SCHLESINGER, Jr. Os ciclos da história americana. Tradução Raul de Sá Barbosa e Múcio Bezerra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 97.

33 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

34 In: DOUGHERTY, James E. PFALTZGRAFF Jr., Robert L. Relações internacionais – as teorias em confronto. Tradução Marcos Farias Ferreira, Mônica Sofia Ferro e Maria João Ferreira. Lisboa/Portugal: Gradiva, 2003, p.669.

35 KRASNER, Stephen.D. International regimes. New York: Paperback, 1983.

procedimentos de tomadas de decisões implícitas e explícitas em torno dos quais as expectativas dos atores das relações internacionais convergem. E os direitos humanos, a partir de 1948, iniciaram seu processo de universalização e a criar instituições que os promovem, gerando mútuas expectativas nos Estados e organizações internacionais.

Assim, podemos dizer que uma série de normas, regras e procedimentos dos direitos humanos, convencionais e extraconvencionais, criaram um regime ou uma série de regimes sobre direitos humanos em geral. Os Estados vêm tentando cumprir e honrar seus compromissos nesta matéria principalmente desde que o assunto passou a um tema global entrando no centro da agenda da política internacional, sobretudo com o término da Guerra Fria como lembra José Augusto Lindgren Alves³⁶.

Nesta concepção, os direitos humanos podem ser compreendidos dentro da teoria dos regimes configurando-se em regras e procedimentos aos quais os estados precisam cumprir. E mesmo que momentaneamente tenha razão Michael Freeman ao afirmar que sua implementação enquanto regime seja ainda relativamente fraca³⁷, pelos desafios persistentes da soberania dos Estados e do relativismo cultural, eles parecem caminhar para um consenso universal na busca de um direito comum da humanidade.

Na expressão de Antonio Augusto Cançado Trindade³⁸, este novo ramo do direito internacional é um “*corpus juris*” de proteção do ser humano, possuindo especificidade, dinâmica e regras próprias, regulando relações entre desiguais com o objetivo de proteção última da pessoa humana.

Possui normas, convenções, princípios e conceitos elaborados nos tratados e resoluções internacionais com o desiderato comum de proteção do ser humano, do mesmo modo que na esfera processual, mecanismos dotados de base convencional e não convencional, que agem pela sistemática de petições, produção de documentos e perquirições produzidas por organismos internacionais na esfera global ou regional.

No limite, são capazes de produzir constrangimentos sistêmicos ao conjunto de países no maior ou menor respeito aos direitos humanos e acabam por influenciar a tomada de decisões governamentais em relação a implementação e efetivação do arcabouço jurídico de proteção.

36 LINDGREN ALVES, José Augusto. Os direitos humanos como tema global. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, p.2.

37 FREEMAN, Michael. Human rights-an interdisciplinary approach. 2. ed. Cambridge/U.K: Polity Press, 2003, p.131.

38 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. “O futuro do direito internacional dos direitos humanos” . In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo (Org.) Desafios do direito internacional contemporâneo. Brasília: IPRI, 2007, p. 210.

Ainda que não possuindo eficácia completa no que tange ao processo decisório dos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU (o que aumenta a necessidade de reforma deste Conselho), nos últimos anos os regimes de direitos humanos foram capazes de produzir efeitos em relação à mudança de regime político na África do Sul, salvar milhares de vidas ao denunciar os abusos e socorrer muitas vítimas por meio da ação coordenada de seus organismos, convergir com a fé espiritual das maiores religiões monoteístas do mundo, e pressionar os países latino-americanos à transição das ditaduras militares para democracias representativas, particularmente no Brasil, ao criticarem o país por ter uma política de Estado de violação aos direitos humanos nos anos 70, e o obrigarem a se posicionar em relação ao tema nos sistemas da ONU e da OEA³⁹.

Como expõe o mesmo Cançado Trindade⁴⁰, o âmbito de validade e aplicação do direito internacional dos direitos humanos se estende também em relação a terceiros (não apenas na relação jurídica de cidadãos com seus Estados), tais quais organizações paramilitares, grupos clandestinos ou organizações não-governamentais, podendo nesta hipótese invocar-se a responsabilidade internacional objetiva dos Estados por não protegerem seus cidadãos contra tais ameaças.

E praticamente todas as normativas que compõem o direito internacional dos direitos humanos no nível global e regional colocam em seu preâmbulo o reconhecimento de que esses direitos decorrem do princípio da dignidade humana, confirmando a intenção original da Declaração Universal de 1948 e confirmada na Declaração de Viena em 1993.

O princípio da dignidade humana, protegido por direitos políticos e jurídicos petrificados em documentos normativos, por outro lado, também pode ser entendido teologicamente como expressão de um movimento divino que age antes de qualquer obra ou mérito humano, como lembra Bielefeldt⁴¹; sendo que grandes tradições religiosas monoteístas consagraram o ser humano como imagem e semelhança do chamado Criador, tornando-se parte irrenunciável da tradição cristã ou judaica, por exemplo.

E a indivisibilidade e unidade dos direitos humanos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana também aparecem na teoria da justiça de John Rawls, ainda que não fosse este o foco de discussão

39 MOREIRA ALVES, Maria Helena. Estado e oposição no Brasil (1964-1984). 3ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1985, pp. 200- 224. FICO, Carlos. Além do golpe – versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2004, p. 85.

40 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Op.cit. p. 211.

41 BIELEFELDT, Heiner. Op. Cit. p 231.

do autor⁴². A teoria de Rawls com foco no debate do conceito de justiça ambiciona encontrar um meio que permita superar o impasse entre as tradições que acentuam a importância das liberdades privadas e dos direitos civis em relação a outras que priorizam as liberdades políticas e os valores da vida pública.

E sua teoria ainda incorpora a dimensão social e econômica dos direitos humanos, por meio do seu segundo princípio de justiça, que tende para a constituição de uma ordem social e política mais justa e igualitária. E por fim, ainda engloba a dimensão humanista kantiana quando considera a dignidade como auto-respeito enquanto um dos bens primários mais importantes destinados a estar no centro de sua obra, além de fundamentar os direitos humanos numa concepção de justiça cosmopolita liberal⁴³.

O que realmente parece pretender Rawls é estabelecer uma combinação ou afinidade entre diferentes tradições filosóficas representadas pelo jusnaturalismo de John Locke, pela teoria da vontade geral de Jean Jacques Rousseau e pelo cosmopolitismo de Immanuel Kant de modo a elevar sua reflexão ao mais alto grau de abstração, levando em conta a metafísica e o empirismo.

Como comenta Fernando Quintana⁴⁴, a liberdade e a igualdade no conceito de Rawls funcionam como condições ou requisitos formais para que o consenso entre os seres humanos se opere de modo imparcial, e também cooperativo. E estes princípios ao lado dos direitos civis, políticos e sociais adquirem uma dimensão concreta na chamada justiça substantiva ou material.

No pensamento de John Rawls, enfim, os direitos humanos são uma verdadeira classe de direitos especiais que desempenham papel fundamental em um direito internacional que ele incorpora a categoria da razoabilidade: tais direitos restringem as razões justificadoras da guerra e põe um limite à autonomia interna de um regime político, limitando a soberania como é concebida desde a Segunda Guerra Mundial⁴⁵. Aponta para os limites da soberania absoluta clássica e da jurisdição doméstica dos Estados em relação aos seus territórios.

42 RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímolli. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 275.

43 RAWLS, John. O direito dos povos. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 107.

44 QUINTANA, Fernando. La ONU y la exégesis de los derechos humanos (una discusión teórica de la noción). Porto Alegre: Fabris Editor, 1999, p.278.

45 RAWLS, John. O direito dos povos. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 103.

E conforme Jack Donnelly os direitos humanos são um tipo especial de direitos, constituindo-se fundamentalmente enquanto diretrizes de direitos morais e cada vez mais reconhecidos no direito internacional e com cada vez um maior número de países incorporando esses direitos em seus sistemas jurídicos nacionais, e relativamente universais até o momento⁴⁶.

Ou seja, apóia-se também nas reflexões de pensadores mais contemporâneos o crescimento da tradição e da envergadura que ganhou o direito internacional dos direitos humanos e seus regimes internacionais, hodiernamente. Seu corpo jurídico, no sentido amplo, também abrange as normas de direito internacional dos refugiados e o direito internacional dos conflitos armados, estabelecendo uma interação dialética consistente com estes ramos, formando um arcabouço jurídico que converge na proteção do ser humano em tempos de guerra ou em tempos de paz.

Nesta linha, a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça observa que a proteção do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU não cessa em tempos de guerra, assegurando que o direito humanitário e **outras leis aplicáveis** em conflitos armados regulam as condutas e devem proteger direitos, conforme narra John Burroughs⁴⁷.

A Corte Internacional de Justiça e os demais tribunais internacionais, especialmente os tribunais de direitos do homem, criaram jurisprudências sólidas no sentido da convergência entre as vertentes do direito internacional de proteção do ser humano e a respeito dos princípios que regem globalmente os direitos humanos⁴⁸.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, no caso das Comunidades do Jiguamiandó e do Curbaradó ordenou a garantia de proteção especial às chamadas *zonas humanitárias para o refúgio*, áreas estabelecidas por milhares de famílias afrodescendentes, organizadas como quilombos, que viviam nesses locais de modo autônomo. E as resoluções posteriores desta Corte determinaram e confirmaram a criação gradual de um verdadeiro direito à assistência humanitária conforme as Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais de 1977⁴⁹, confirmando a unidade dos direitos protegidos.

46 DONNELLY, Jack. *International human rights*. 2a ed. Denver: Westview Press, 1998, p. 19.

47 BURROUGHS, John. *The legality of threat or use of nuclear weapons*. Munster: Lit, 1998, p. 28.

48 TRINDADE, Antonio Augusto Caçado. "Direitos humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo" In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. (org.). *Rio de Janeiro: Forense*, 2004, p.199- 285.

49 UNESCO. *O direito à assistência humanitária*. Tradução Catarina Eleonora da Silva, Jeanne Sawaya. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

Na compreensão de Christophe Swinarski⁵⁰, as normas do direito internacional dos conflitos armados podem ser complementadas por outros sistemas de normas internacionais de proteção da pessoa humana, especialmente pelo direito internacional dos direitos humanos, possuindo ambos os regimes um “núcleo inderrogável”, com alguns conteúdos jurídicos iguais, como o direito à vida, a proibição da tortura ou a proibição da escravidão. O que deve ser dito, portanto, é que se forma uma verdadeira ordem pública internacional de modo a consolidar obrigações *erga omnes* de proteção por parte dos governos dos Estados nacionais e das sociedades.

Então, se pode afirmar que todas as normas internacionais convencionais e até costumeiras que protejam direitos humanos impõem obrigações *erga omnes* mediatas aos seus destinatários, incluindo que tal consagração já se encontra no parágrafo 4o da Declaração de Viena de 1993, sendo esta compreensão considerada praticamente pacífica na atualidade, visto as posições assumidas pela Comissão de Direito Internacional da ONU⁵¹.

Como já dito anteriormente, as diferentes normas, acordos e convenções de direitos humanos, específicas ou gerais, formam os regimes internacionais desta área, pois geram uma série de expectativas mútuas e procedimentos recíprocos na linguagem da teoria dos regimes internacionais.

Os regimes regionais de proteção da Organização dos Estados Americanos (OEA), da União Européia (U.E), da Unidade Africana (U.A), bem como incipientes regimes na região árabe e asiática (Carta Árabe de 1994 e Declaração do Cairo de Direitos Humanos de 1990) foram instituídos e convivem mutuamente de forma complementar, criando expectativas entre seus membros a respeito das aplicações e violações de suas regras. Por sua vez, a Organização das Nações Unidas estabeleceu seu principal corpo jurídico ao colocar em vigência, em 1976, os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que regulamentaram a Declaração Universal de 1948, produzindo ainda duas Conferências Mundiais, em 1968, de Teerã; e em 1993, em Viena, mesmo que num contexto conturbado, primeiro pela Guerra Fria, e posteriormente, pelo desafio do relativismo cultural⁵².

50 SWINARSKI, Christopher. Direito internacional humanitário – como sistema de proteção internacional da pessoa humana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.94.

51 BAPTISTA, Eduardo Correia. Jus Cogens em direito internacional. Lisboa/Portugal: LEX, 1997, p. 397.

52 LINDGREN ALVES, José Augusto. Relações internacionais e temas sociais. Brasília: IPRI, 2003, p. 107-110.

Mesmo assim, produziu-se a Proclamação de Teerã e, posteriormente, em 1993, a Declaração e o Programa de Ação de Viena que confirmavam o espírito da Declaração Universal, em torno dos direitos humanos serem unos, indivisíveis e holísticos. Dito de outro modo, os princípios que fundamentam o direito internacional dos direitos humanos estavam justamente nestas características expostas pelas Conferências Mundiais: universalidade, integralidade e indivisibilidade dos direitos a serem tutelados, e não separações ou visões fragmentadas dos direitos da humanidade.

Superando os problemas de interpretação da Proclamação de Teerã e avançando na generalização do quadro normativo dos direitos humanos, como esclarece Cançado Trindade⁵³, e reafirmando as teses da unidade, universalidade e integralidade, particularmente a Declaração de Viena estabeleceu que os regionalismos culturais de regiões localizadas não poderiam ser invocados de modo a justificar as violações aos direitos humanos consagrados, pois se entendeu que as características culturais específicas configurando a diversidade enriqueceriam a universalidade e não o contrário.

A tese do relativismo cultural continua a ser um desafio a ser superado e marcou bastante o ambiente da constituição da Declaração de Viena de 1993, do mesmo modo que a tentativa de dividir os direitos humanos em gerações diferentes e excludentes ao longo destes últimos 60 anos desde a criação da Declaração Universal.

A crítica intercultural não invalida a Declaração de Direitos Humanos de 1948, como bem observa Raimundo Panikkar⁵⁴, mas oferece novas perspectivas para uma postura crítica sobre os limites de validade e aplicação do direito internacional dos direitos humanos, bem como leva a reflexão de como identificar no caso concreto o relativismo e o próprio universalismo.

O discurso e a prática da proteção universal dos direitos humanos não podem representar um novo colonialismo ou imperialismo como já criticava Kant em relação ao comportamento dos povos europeus de duzentos anos atrás, e também não pode representar um pretexto para destruição de culturas autóctones como nos séculos XVI e XVII em relação aos ameríndios, por exemplo.

53 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil: as primeiras cinco décadas. 2ª ed. Brasília: Ed. UNB, 2000, p. 145-146.

54 PANIKKAR, Raimundo. "Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?". In: BALDI, César Augusto. Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.226.

Mesmo porque a Organização das Nações Unidas já avançou bastante no sentido do pluralismo e do respeito às diferenças culturais em seus documentos normativos que convergem na proteção dos povos autóctones. A Declaração dos Direitos da Criança de 1989 possui dispositivos especificamente dirigido aos autóctones, a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento de 1992 recomenda que os Estados promovam a identidade e as culturas dos povos autóctones a fim de melhor incluí-los no desenvolvimento sustentável. A Agenda 21, o Programa de Ação da Declaração do Rio, reforça fazendo recomendações mais específicas aos Estados para preservar e ceder às reivindicações territoriais dos povos autóctones.

Fora isso, em 1992, a Organização das Nações Unidas realizou aquilo que havia se recusado em 1948, no sentido de buscar uma solução para um complexo e delicado problema que apresentava particularidades em cada Estado, ou seja, a questão das minorias e dos povos autóctones. Produziu a Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas, provindo diretamente da reflexão de um Grupo de Trabalho organizado em 1978 pela Comissão dos Direitos Humanos⁵⁵.

A Declaração dos Povos Autóctones impõe aos Estados um dever geral de proteger as minorias políticas e étnicas e afirma o princípio da participação efetiva de pessoas pertencentes a minorias no processo decisório nacional ou local referentes à vida destes grupos. Está em consonância e harmonia com o enfoque individualista do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, como lembra Norbert Rouland⁵⁶

Deve-se ressaltar que quanto ao problema das gerações, desde a configuração da Declaração Universal, o que Eleanor Roosevelt, uma das líderes políticas que estavam na gênese de sua criação já observava: “*nenhuma liberdade pessoal pode existir se não houver segurança econômica e independência*”⁵⁷. Ou seja, de que não é possível garantir os direitos civis e políticos se não houver garantias aos direitos sociais, econômicos e culturais confirmando a unidade e integralidade dos direitos.

A internacionalização dos direitos humanos, então, iniciada em 1948 significa dizer que os problemas relativos à implementação de seu conteúdo

55 ROULAND, Norbert.(org.) Direito das minorias e dos povos autóctones. Tradução Ane Lize Spaltemberg. Brasília: UNB, 2004, p.230.

56 ROULAND, Norbert. Op. Cit. p.231.

57 In: ARBOUR, Louise.“ O dia dos direitos humanos e a pobreza”. In: Revista Jurídica Consulex – Ano XI, n. 267, fevereiro de 2008, p. 21.

passaram também a ser regulado pelo direito internacional público, não mais sendo domínio reservado dos Estados. E com a pessoa humana consagrada como titular de direitos e deveres no plano internacional estabeleceu-se uma relação entre a universalidade e a historicidade dos direitos humanos, estando então superada a visão da doutrina do direito natural decorrente da natureza imutável do ser humano considerado em abstrato, sem levar em conta o contexto histórico das sociedades, como exprime Carlos Weiss⁵⁸.

E ainda que se precise dar ouvidos às vozes de advertência e cautela de Norbert Rouland de que “*a concepção unitarista dos direitos do homem não representa um horizonte insuperável e nem mesmo um axioma universal*”⁵⁹, não se pode negar a tendência global do processo de internacionalização e de crescimento vertiginoso dos valores pressupostos na regulamentação contemporânea dos direitos humanos em todo o globo. Mesmo porque a Proclamação de Teerã já expunha em seu artigo 5º que as particularidades nacionais e regionais deviam ser levadas em conta, assim como os diversos contextos históricos e culturais; sendo a Declaração de Viena ainda mais contundente ao impedir a invocação do relativismo cultural para justificar violações de direitos humanos.

O diálogo intercultural e inter-religioso com respeito à diversidade e com fundamento no reconhecimento de que os outros seres humanos são dotados de dignidade e direitos, ou seja, com fundamento no *princípio da alteridade*, é condição para a formação de uma verdadeira cultura e educação em direitos humanos. E o diálogo entre os regimes internacionais de direitos humanos com as culturas religiosas vem confluindo desde algumas décadas, e merecem destaque as reflexões de Mohamed Talbi⁶⁰ a respeito da humanização da Charia islâmica, de Zakaria El Berry⁶¹ sobre a harmonia entre o Islã e os direitos humanos, e a de Damien Keown⁶² a respeito da interpenetração entre o Budismo e os valores dos direitos humanos.

Por outro lado, a Declaração de Viena de 1993, que reafirma as intenções da Declaração de 1948 na promoção dos direitos humanos, foi aprovada sem nenhum voto contrário num universo de mais de cento e

58 WEISS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113.

59 ROULAND, Norbert. Nos confins do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.267.

60 V.TALBI, Mohamed. “Humanismo do Alcorão: humanizar a Charia - leitura vetorial do Alcorão e da Charia”. In: DAL RI JR, Arno. ORO, Ari Pedro. (orgs.). Islamismo e humanismo latino-diálogos e desafios. Petrópolis/RJ: Vozes/ Treviso/ Fondazione Cassamarca, 2004, p. 149-170.

61 EL BERRY, Zakaria. Os direitos humanos no Islã. Tradução Samir El Hayek. São Bernardo do Campo/SP: Centro de Divulgação do Islã Para América Latina, 1989.

62 V. KEOWN, Damien. “Budismo e direitos humanos”. In: BALDI, César Augusto. Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.323-358.

noventa nações e apenas reservas de interpretações mínimas. Considerada o maior e mais completo documento internacional a respeito dos direitos humanos, sendo aquele que realmente universalizou o conceito de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana⁶³.

A Convenção Internacional para Eliminar Todas as Formas de Racismo (1965), os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972), a Convenção para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), a Convenção contra a Tortura (1984), a Convenção Sobre os Direitos da Criança (1989), e a citada Declaração de Viena (1993) - todas elas derivadas da Declaração Universal de 1948, configuram o que se pode chamar de arcabouço jurídico principal dos direitos humanos no sistema das Nações Unidas, e que em outros termos, criam os regimes internacionais de proteção à pessoa humana quando postos em ação, capazes de influenciar, constranger e modificar a visão de povos e governos a respeito do tema em seu processo decisório.

Sendo que a maioria dos países do sistema internacional incorporou estes textos aos seus ordenamentos jurídicos domésticos, incluindo grande parte dos asiáticos e orientais, o que ocasiona constrangimentos em maior ou menor grau entre àqueles que não cumprem suas regras e um clima de mútuas expectativas e monitoramentos recíprocos, supervisionados por órgãos tais como o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos – ACNUDH – ou o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR – e agora o novo CDH - Conselho de Direitos Humanos - que substituiu a antiga Comissão, e no momento como órgão subsidiário da Assembléia Geral das Nações Unidas ganhando um novo status no sistema internacional.

E este novo Conselho de Direitos Humanos, inaugurado em 2005, terá como missão, dentre outros objetivos: a) coordenar e incorporar os direitos humanos à atividade geral do sistema das Nações Unidas; b) impulsionar a promoção e proteção de todos os direitos humanos; c) promover a educação em direitos humanos em todos os países membros; d) prevenir as violações dos direitos humanos; e) promover o cumprimento das obrigações dos Estados em matéria de direitos humanos; f) contribuir para o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos.

Óbvio que grande parte destas funções já eram desempenhadas quase todas pela antiga Comissão de Direitos Humanos, e, portanto, este

63 LINDGREN ALVES, José Augusto. “Fragmentação ou recuperação”. In: Revista Política Externa, São Paulo: Paz e Terra, vol.13, n. 2, setembro/outubro/novembro de 2004, p.10-11.

novo organismo tem como mudança principal o fato de que possui maior visibilidade política enquanto órgão subsidiário da Assembléia Geral em relação à Comissão que dependia do Conselho Econômico e Social e também o fato de que haverá mais reuniões ordinárias por ano e mais temas em pauta.

O desenvolvimento do direito internacional e da educação em direitos humanos, como se vê, são dos principais objetivos da nova Comissão de Direitos Humanos e espera-se que tais metas estabeleçam uma cultura contínua de direitos humanos e que as demais metas possam elevar o novo Conselho de Direitos Humanos a uma condição de organismo protagonista e permanente da ONU.

E dentre os objetivos traçados por este sistema de proteção que se propõe a afetar todos os povos da terra somente com a cooperação, vontade política dos governos e ação coordenada e decidida em torno das garantias e liberdades fundamentais da pessoa humana, teremos a educação em direitos humanos de modo a obter resultados a médio e longo prazo de sorte a modificar ao longo do tempo o quadro internacional de violações maciças de direitos humanos que continuam ocorrendo ao redor do mundo.

3. A Educação em Direitos Humanos

Uma educação em direitos humanos, ininterrupta, independentemente de governos nacionais, enquanto política de Estado e de comunidades, seria imprescindível para a reversão da cultura da violência e da intolerância sistêmica que marcam grande parte das regiões do mundo e para o fortalecimento dos regimes internacionais a partir da ação política e da mudança de mentalidade da maioria da sociedade civil. A pobreza, a exclusão social, os desastres ambientais e o terrorismo, dentre outros, continuam a ameaçar e a desafiar a política cosmopolita dos direitos humanos propagada pelos regimes regionais e internacionais.

Mas o processo para aprender direitos humanos e seus axiomas não pode ser compassivo e autoritário, baseado em modelos tradicionais da relação professor-aluno disseminado no ensino formal tradicional da maioria dos Estados. O aprendiz deve estar no centro do processo educativo e deve-se estimular seu pensamento independente, de modo a respeitar sua dignidade e sua liberdade enquanto autonomia.

Neste sentido, a educação em direitos humanos poderia ser conduzida por algumas linhas mestras, como propõe o Instituto Interamericano de

Direitos Humanos⁶⁴: aprendizagem e conhecimento, práticas educativas e projetos e pesquisas interdisciplinares envolvendo todas as ciências sociais, e finalmente debates sobre os axiomas. Tais medidas e práticas necessitariam ser massificadas em todos os institutos de ensino das sociedades, do ensino fundamental ao ensino superior, com a estrita colaboração dos governos e da sociedade civil organizada num esforço conjunto, no sentido de combater a cultura da violência e das violações maciças tendo como base o reconhecimento do outro, a tolerância e a alteridade⁶⁵.

Estas linhas principais precisariam debater a questão dos valores em relação à prática da liberdade, da igualdade e da solidariedade nos dias atuais de um mundo muito mais conectado e globalizado do que outrora, e ao mesmo tempo a capacidade e a vontade política dos Estados e comunidades locais em implementar os direitos civis e políticos simultaneamente em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais.

Ensinar e praticar o princípio da dignidade da pessoa humana e da alteridade em mensagens mais simplificadas e diretas para a população bem como todos os princípios e direitos derivados: direitos civis, políticos, sociais e culturais, aprendidos desde a tenra infância, de modo a aumentar a prática da tolerância, do respeito à diferença, da pluralidade e dos valores colocados desde a Declaração Universal de 1948, passando de geração a geração ininterruptamente.

Para tais desafios, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos do Brasil aprovado no contexto do Programa Nacional de Direitos Humanos do país (Decreto 4229/2002), poderia se constituir um exemplo a seguir em termos de estratégia nacional em cada Estado⁶⁶.

O Plano nacional brasileiro expõe a inclusão da educação em direitos humanos no currículo das escolas primárias e secundárias simultaneamente que no ensino superior, no sentido do ensino de concepções e princípios de respeito ao outro e do valor intrínseco que cada ser humano possui, bem como as ações programáticas neste sentido.

Além disso, também ao incluir no campo da educação não-formal ao instruírem-se movimentos sociais, associações civis e organizações não-

64 COSTA RICA. Manual de educación em derechos humanos. 2. ed. San José/Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Unesco, 1999, p. 151.

65 DA COSTA, José André. “Emmanuel Levinas – direitos humanos e reconhecimento da alteridade” In: CARBONARI, Paulo César. Sentido filosófico dos direitos humanos – leituras do pensamento contemporâneo. Passo Fundo/RS: IFIBE, 2006, p.177- 204.

66 V.BRASIL. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, Unesco, 2007, p.15.

governamentais sobre os valores dos direitos humanos. Fora isso, também é importantíssimo sua exposição a respeito da educação em direitos humanos para os profissionais que atuam no sistema de segurança e justiça, bem como com os profissionais da imprensa falada e escrita, de modo a formar ao longo do tempo uma verdadeira cultura de direitos humanos e evitar visões populares equivocadas tais quais a que os ativistas e organizações de direitos humanos só protegem criminosos.

É importante destacar que a educação em direitos humanos não se confunde com o ensino de disciplinas como Educação Moral e Cívica ou Organização Social de Problemas Brasileiros tão comuns à época do regime militar de 1964 a 1984, que levavam a exaltar o patriotismo e o nacionalismo de forma exacerbada.

Pelo contrário, a educação em direitos humanos seria um projeto para o porvir dos povos, das sociedades e dos Estados. Prega os valores da liberdade enquanto autonomia, da igualdade, da tolerância e do reconhecimento do outro, ou seja, das identidades e igualmente das alteridades. É neste sentido que tanto o Manual de Educação do Instituto Interamericano de Direitos Humanos quanto o Plano de Educação em Direitos Humanos do Brasil frisam o aspecto do ensino dos valores desde a infância até os profissionais adultos que operam o direito⁶⁷.

É necessário, então, um amadurecimento de consciência e ao mesmo tempo um estímulo para a busca de efetivação dos direitos humanos. Pois, deve-se buscar o avanço do dos regimes de proteção aos direitos humanos também *por dentro* dos Estados, conscientizando as autoridades nacionais e a sociedade civil organizada de seus direitos e deveres derivados dos valores herdados do Iluminismo, do racionalismo, da tolerância e das grandes religiões monoteístas do mundo de modo a combater o obscurantismo derivado de nacionalismos exacerbados, xenofobias, terrorismos e relativismos culturais usados para não aplicar ou justificar as violações aos direitos humanos ao redor do mundo.

O direito internacional dos direitos humanos, portanto, possui múltiplas fontes normativas, uma hermenêutica própria inspirada fundamentalmente no pensamento cosmopolita kantiano, uma dialética com outros ramos do direito internacional, e forma regimes internacionais que buscam a realização de suas normas criando expectativas positivas e negativas nos Estados em torno do cumprimento ou das violações, o que

67 V. COSTA RICA. Op. Cit. p.20-23. BRASIL. Op. Cit. p. 47-52.

acaba por influir nos procedimentos de tomadas de decisões dos governos nacionais em prol do respeito aos direitos humanos consagrados.

Possuindo agora um órgão específico nas Nações Unidas de maior importância e visibilidade para monitorar seu cumprimento no mundo, e que deverá estimular uma educação em direitos humanos em todos os níveis do ensino formal e possivelmente não formal também, além de buscar o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos entre os povos, ganhando agora uma maior visibilidade política e confirmando que hodiernamente os direitos humanos estão no centro da agenda da política internacional.

Conclusão

Assim, é possível avançar em algumas linhas teóricas a respeito do desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos e dos regimes internacionais de sua proteção. O direito internacional dos direitos humanos é um ramo do direito internacional que se transforma em um verdadeiro processo em marcha no sentido da busca de um consenso universal em torno de seus valores e sua implementação no ordenamento jurídico nacional dos Estados configurando regimes internacionais e regionais de proteção ao ser humano no contexto das relações internacionais contemporâneas.

Este direito no sentido amplo configura-se na proteção global do ser humano colocando-o como sujeito de direito e deveres internacionais possuindo normas de direito internacional dos direitos humanos, de direito internacional dos conflitos armados e de direito internacional dos refugiados em consonância para a proteção última do ser humano, retomando o pensamento original dos doutrinadores fundadores da disciplina do direito internacional público em torno de um *jus gentium universal*

O pensamento kantiano de um direito cosmopolita mundial na conformação de uma democracia cosmopolita, as históricas declarações de direitos do mundo ocidental, assim como os valores das maiores religiões monoteístas do mundo e a doutrina do direito natural informam os antecedentes históricos do documento normativo global fundador do direito internacional dos direitos humanos, ou seja, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que supera a dicotomia entre a idéia do direito natural e as concepções históricas de construção de culturas separadas ao procurar enriquecer uma concepção com a outra, tornando-as complementares, e verificando-se que tal compreensão se confirmou nos

documentos normativos posteriores, como a Proclamação de Teerã de 1968 e a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993.

A teoria dos regimes internacionais pode ser aplicada ao tema dos direitos humanos desde que passaram a um tema global, sobretudo a partir do final da Guerra Fria. Desde o momento em que paulatinamente vem sendo colocado no centro do debate da política internacional vem gerando expectativas mútuas positivas ou negativas nos principais atores do sistema internacional, que infelizmente ainda são os Estados nacionais e seus governos, em torno da incorporação e cumprimento das normas de proteção ao ser humano produzidas nos regimes regionais e globais.

Para além das expectativas jurídicas e políticas da mobilização para o cumprimento de normas internacionais e regionais de direitos humanos, somente a mudança de cultura e de mentalidades ao longo de gerações pode efetivamente dar o salto de qualidade para o progresso humano em direção ao respeito à diversidade, à tolerância, ao projeto de paz perpétua sonhado há duzentos anos por Kant e à implementação efetiva de todos os direitos humanos.

Com base no ensino dos princípios da dignidade humana e da alteridade, com debates e aproximações interculturais e inter-religiosas, a implementação de uma educação em direitos humanos no ensino formal e não-formal, desde a escola infantil até o ensino superior de forma ininterrupta enquanto política de Estado e dos organismos da sociedade civil, busca-se reverter ao longo do tempo às práticas das violações e da cultura da violência, trabalhando muito mais no campo da prevenção do que na punição.

O pensamento kantiano seria uma linha diretriz na busca do desenvolvimento e respeito aos direitos humanos nas sociedades e organizações contemporâneas. Diretrizes que necessitariam ser racionalizadas principalmente no espaço público das sociedades democráticas e ordenadas por meio de normas que deveriam ser produto da argumentação racional entre seres humanos.

E por fim, pode-se afirmar que a universalidade dos direitos humanos tem origem normativa contemporânea na Declaração Universal de 1948, mas sua afirmação política provém de uma cada vez maior real proximidade entre povos, Estados e culturas, e ao mesmo tempo exprime a idéia da universalidade e unidade do princípio da dignidade humana, na qual se originam as modernas reivindicações políticas e jurídicas de emancipação dos mais diversos grupos humanos nos tempos atuais.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A BOA-FÉ COMO LIMITES DOS PODERES EMPRESARIAIS

Francisco das C. Lima Filho

Desembargador Federal do Trabalho – TRT 24ª Região
Mestre em Direito pela Universidade de Brasília – UNB.
Mestre e doutorando em Direito Social pela Universidad
Castilla-la Mancha - UCLM (Espanha). Professor no
Centro de Ensino Universitário da Grande Dourados -
UNIGRAN (Dourados – MS).

Sumário: Introdução; Conceito e fundamento do poder empresarial; Limites dos poderes empresariais; Direito à intimidade; Direito à imagem e à honra; Direito à liberdade ideológica e religiosa; Direito à não discriminação; Discriminação dos trabalhadores portadores de doença ocupacional, vítimas de acidente do trabalho ou acometidos por doenças infecto-contagiosas; Formas de discriminação; Conciliação entre os direitos fundamentais laborais e os poderes de direção empresarial; Considerações finais.

Introdução

O ordenamento jurídico, inclusive o constitucional, reconhece ao empresário poderes de autotutela privada que lhe permitem defender seu próprio interesse, de forma unilateral e extrajudicial.

O empresário, todavia, deve exercitar esses poderes e seus direitos segundo as exigências da boa-fé e com respeito aos direitos fundamentais do trabalhador. Quando exorbita ou abusa desses poderes, com afetação às balizas representadas pela boa-fé e pelo respeito aos direitos fundamentais do trabalhador, o juiz poderá, instado pelo afetado e tomando em conta o que estabelecido nos arts. 12, 187 e 422 do Código Civil, aplicáveis às relações laborais por força do previsto nos arts. 8º e 769 da CLT, declarar a ilicitude do exercício do direito ou poder, em virtude da função limitativa da boa-fé e dos direitos fundamentais sobre os poderes de direção empresarial.

O reconhecimento da ilicitude ou abuso do ato determina, em cada caso, que se impeça ou faça cessar o exercício abusivo com a declaração de

ineficácia do ato e a remoção das situações criadas, com a correspondente indenização quando haja causado danos e prejuízos, embora em geral o ordenamento jurídico reserve para os atos do empresário contrários aos direitos fundamentais, às liberdades públicas e à boa-fé, a sanção de nulidade.

Desse modo, há que se distinguir entre a declaração da ineficácia do ato, a remoção das situações criadas pelo exercício do direito ou poder, o direito de resistência do trabalhador e a indenização pelos danos sofridos. Por conseguinte, no ordenamento jurídico nacional (legal e constitucional) há uma tutela ampla a esse tipo de direito como se pode ver das normas constantes dos arts. 11, 12, 21, 187 e seguintes do Código Civil e 5º da Constituição de 1988, que por óbvias razões incidem nas relações laborais, até mesmo em obséquio ao princípio da subsidiariedade expresso no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O presente trabalho tem por objetivo tecer algumas considerações a respeito dessas questões decorrentes do exercício dos poderes empresariais e seus limites, sem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas trazê-lo à reflexão daqueles que com ele lidam, na medida em que a lógica empresarial e da subordinação do trabalhador é sempre uma potencial ameaça à violação dos direitos fundamentais, especialmente em um país como o Brasil que não tem grande estima pelo respeito a essa espécie de direito e onde a discriminação, na maioria das vezes por pura desinformação ou por preconceito, é ainda algo muito arraigado na cultura geral, inclusive nas práticas empresariais.

Assim, discutir sobre esse tema é sempre necessário e de grande valia, até mesmo para que sejam desfeitos equívocos e evitadas injustiças, e, como consequência, as relações laborais tornem-se mais justas e democráticas. É esse, em síntese, o objetivo a que se propõe o presente trabalho.

1. Conceito e fundamento do poder empresarial

O empresário é ao mesmo tempo titular da organização em que os trabalhadores a seu serviço prestam a atividade laboral e parte do contrato de trabalho que celebra com cada trabalhador. Em virtude de ambos os títulos jurídicos, exerce uma série de direitos, poderes, faculdades de modo a dirigir a empresa e a força de trabalho que nela se insere. A esse conjunto de direitos, poderes e faculdades conferidos ao empresário para dirigir a empresa e a força de trabalho que nela se insere, denomina-se poder diretivo empresarial.

Como empregador o empresário tem, normalmente, a gestão empresarial, e no domínio do contrato de trabalho, de algum modo relacionado com essa gestão, lhe é conferido o poder de direção.

Desse modo, de um lado, como titular da organização empresarial, da liberdade de empresa e, também, do direito de propriedade dos meios de produção, o empresário tem a seu dispor um conjunto de instrumentos jurídicos que lhe permitem dirigir a totalidade da empresa. Mas, de outro lado, as faculdades de direção dos trabalhadores devem ser consentidas por eles através do contrato.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o poder diretivo empresarial, em sentido amplo, é a capacidade, oriunda do seu direito subjetivo, ou então da organização empresarial, para determinar a estrutura técnica e econômica da empresa e dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando à realização das finalidades daquela.

De acordo com Manuel Carlos Palomeque López e Manuel Alvarez La Rosa¹:

El contrato de trabajo está inmerso en un ámbito donde una de las partes, el empresario, tiene la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que libremente ha decidido instalar; esta capacidad organizativa se concreta en la ordenación de las singulares prestaciones laborales. La potestad para organizar y ordenar el trabajo, inicialmente y durante toda la ejecución del contrato, recibe el nombre de poder de dirección (<<dirección y control de la actividad laboral>>).

O empresário ou empregador, como único responsável numa economia capitalista, dispõe de seu pessoal escolhendo livremente os seus trabalhadores, decidindo suas tarefas, sua promoção, uma eventual alteração do contrato, a despedida individual ou coletiva, apreciando soberanamente sua aptidão profissional².

É, pois, acertada a assertiva doutrinária de que é no poder de direção e no correspondente dever de obediência que se encontra o núcleo central da subordinação³. Trata-se, pois, de um poder jurídico de tipo obrigacional. Como averba Maria Dolores Santos Fernandez⁴, citando H. Sinzheimer,

1 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos et al. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial universitaria Ramon Areces, 2006, p. 510.

2 CARMERLINCK, G. H. Lyon-Caen. *Derecho del trabajo*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1972, p. 266.

3 ROMANO MARTINEZ, Pedro. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 612.

4 SANTOS FERNANDEZ, M^a Dolores. *El contrato de trabajo como limite al poder del*

ninguém poderia por em dúvida que o empresário pode dar ordens ao trabalhador e que este tem a obrigação de obedecer. Essa submissão evidencia que no mundo do trabalho o empresário não apenas tem um direito como credor, como no campo obrigacional, mas também um direito de poder, de caráter jurídico pessoal.

No Brasil, o poder de direção do empregador, entendido como prerrogativa de determinar a forma pela qual ocorrerá a prestação dos serviços por parte do empregado, tem por fundamento primeiro a própria Constituição na medida em que esta adota o sistema econômico de produção capitalista, estabelecendo a liberdade de iniciativa e de empresa no âmbito das relações de trabalho e o direito de propriedade, embora subordinada à sua função social (arts. 5º, incisos XIII, XXII e XXIII e 170, incisos II e III, da Carta de 1988).

Em segundo lugar, no campo infraconstitucional, o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT garante ao empregador o poder de, assumindo os riscos da atividade econômica, admitir, assalariar e dirigir a prestação pessoal de serviços incorporando assim, e de forma expressa, o poder de direção empresarial como um dos elementos tipificadores da figura do empregador, autorizando, inclusive, a despedida do trabalhador por justa causa (art. 482), quando deixar de obedecer as ordens daquele⁵.

Como se vê, no ordenamento nacional, o poder de direção empresarial encontra justificação e fundamento jurídico tanto no texto expresso da Carta de 1988 como na própria CLT.

No campo doutrinário, diversas teorias têm sido formuladas para justificar o fenômeno. Todavia, prevalece atualmente a tese de que o poder de direção tem fundamento contratual. Isso decorre da natureza assimétrica do contrato de trabalho, em que um dos contratantes – o empregador – detém superioridade jurídica, com extenso e profundo conjunto de prerrogativas, com elevado poder de conformação do contrato, podendo alterar as condições de trabalho, inclusive unilateralmente.

É, pois, correto afirmar que o contrato de trabalho é a razão e o fundamento do poder de direção empresarial, pois como lembrado por Manuel Carlos Palomeque López e Manuel Álvarez de La Rosa “el

empresario. Albacete (Espanha): Editorial Bomarzo, 2005, p. 56.

5 Lembra Coutinho de Almeida que a justificação negocial acrescenta a titularidade dos bens empresariais; o proprietário dos meios de produção pode dar ordens a quem, por contrato, se submeteu à sua autoridade. *Poder Empresarial: Fundamento, Conteúdo e Limites*. In: *Temas de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 31-329.

fundamento del poder para organizar y ordenar las prestaciones de los trabajadores es el propio contrato de trabajo que, sin duda, justifica tanto el poder de dirección y su alcance, como sus propios límites”⁶.

De fato, é praticamente unânime na doutrina a consideração de que o poder de direção empresarial emana do contrato de trabalho, ou mais concretamente da obrigação do trabalhador de submeter-se a ele, ainda quando na configuração do mesmo deva ter-se em conta também a posição que o empresário ostenta na organização, ou seja, a titularidade da liberdade de empresa, pois juridicamente não pode se articular de outra forma.

Deveras, o empresário, como acima se deixou anotado, é titular da liberdade de empresa e em tal condição goza de uma posição ativa integrada por um grupo de direitos destinados a pôr em funcionamento e desenvolver sua atividade empresarial. Dentro destes direitos se enquadram também aquelas faculdades que lhe permitem organizar a força laboral, mas para que tenha alguma relevância jurídica em cada um dos casos individuais, deve o trabalhador submeter-se a seu poder mediante a celebração de um contrato, através do mecanismo do consentimento.

O contrato é assim, pressuposto necessário para o exercício do poder de direção, mas é algo mais que simples pressuposto, é o título que legitima a própria existência do poder de direção, entendido como poder de direção da prestação laboral do trabalhador concreto, e não como faculdade organizativa destinada à ordenação e direção da empresa, em especial, em matéria pessoal. Portanto, a própria estrutura do contrato, sua causa, seu conteúdo e seus perfis fazem do contrato de trabalho a “razão técnica” desse poder de direção⁷.

Desse modo, o ajuste que dá origem à relação de emprego implica também no reconhecimento da existência de um complexo de direitos e deveres entre os contratantes, e uma das formas como esses direitos e deveres se revelam é exatamente no poder de direção empresarial.

De acordo com Antonio Monteiro Fernandes⁸, o empregador como detentor dos restantes meios de produção, ainda que não como proprietário, mas tendo, de qualquer forma, acedido a eles, e empenhado num projeto de atividade econômica, corporizado na empresa obtém, por contrato, a disponibilidade de força de trabalho alheia. Por consequência, passa a pertencer-lhe certa autoridade sobre as pessoas dos trabalhadores admitidos,

6 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos et al. *Ob. cit.*, p. 506.

7 SANTOS FERNANDEZ, M^a Dolores. *Ob. cit.*, p. 65-67.

8 MONTEIRO FERNANDES, Antonio. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 260-261.

caracterizando-se, lentamente, por um poder de direção legalmente reconhecido, o qual corresponde à titularidade da empresa.

A situação subsequente à celebração de um contrato de trabalho permite que se identifiquem, segundo o doutrinador lusitano⁹, os seguintes vetores da posição jurídica do empregador:

a) *um poder determinativo da função*, em cujo exercício é atribuído ao trabalhador um certo posto de trabalho na organização concreta da empresa, definido por um conjunto de tarefas que se pauta pelas necessidades da mesma empresa e pelas aptidões ou qualificação do trabalhador.

O empresário ou empregador tem o poder e até mesmo o dever, de conformar a prestação do trabalhador em função dos interesses que pretende perseguir. Esta possibilidade de conformação da prestação do trabalhador relaciona-se com o caráter genérico da atividade laboral, que tem de ser concretizada e adaptada pelo empregador, tendo em conta a finalidade que visa alcançar¹⁰;

b) *um poder conformativo da prestação*, que consiste na faculdade de determinar o modo de agir do trabalhador, mas cujo exercício tem como limites os próprios contornos da função previamente determinada. Por conseguinte, o poder conformativo tem outro alcance, na medida em que encontra como correlativo, na esfera do trabalhador, um dever de obediência ligado à tutela disciplinar. Trata-se, pois, aqui, de definir as modalidades concretas que a atividade do empregado deve assumir para que a execução do contrato se ajuste às finalidades com que foi celebrado;

c) *um poder regulamentar*, conferido à organização globalmente, mas naturalmente projetado também sobre a força de trabalho disponível que nela se comporta, vale dizer: sobre todos e cada um dos trabalhadores envolvidos.

Esse poder consiste em estabelecer regras, inclusive por instrumento único, dotado de aplicabilidade genérica aos elementos que constituem a organização, como o regulamento interno da empresa, por exemplo. O poder regulamentar do dador de trabalho diz respeito à organização e disciplina do trabalho e somente se justifica, via de regra, nas empresas maiores, de grandes dimensões e complexidade;

9 MONTEIRO FERNANDES, Antonio. *Ob. cit.*, p. 260-261.

10 Na verdade, o empregador pode definir a concreta função ou o conjunto de tarefas que caracterizam o “posto de trabalho” a ser ocupado. Portanto, estar-se, aqui, no domínio da determinação do objeto do contrato e não no da direção concreta do modo de execução do trabalho.

d) *um poder disciplinar*, que se manifesta e se revela tipicamente pela possibilidade da aplicação de sanções internas aos trabalhadores cuja conduta se revele desconforme com ordens, instruções e regras de funcionamento da empresa. Consiste, pois, na faculdade, atribuída ao empresário ou empregador, de aplicar, internamente, sanções aos empregados que venham ter conduta conflitante com os padrões de comportamento definidos na empresa ou se mostre inadequada à correta execução do contrato. Diz-se, assim, que ocorre uma infração disciplinar. Embora a norma legal nem sempre forneça uma noção completa de seu conteúdo, quase sempre indica “tipos avulsos” de infração que podem ser objeto de sua incidência como, por exemplo, o art. 474 da CLT que prevê a figura da suspensão disciplinar do empregado em caso de cometimento de falta que não justifique o rompimento do contrato por justa causa.

Desse modo, no conteúdo do poder de direção empresarial incluem-se as faculdades de, atendendo à categoria do trabalhador, lhe indicar a atividade a ser desenvolvida, o modo de ser efetuada, o local onde será realizada, etc. (art. 2º da CLT)¹¹, bem como possíveis alterações à atividade, modo, local, etc, desde é claro, que as mesmas não pressuponham alterações proibidas, como as que são vedadas pelo art. 468 da CLT, caso em que poderá estar em causa o *jus variandi*.

Além das faculdades acima mencionadas, também se incluem no poder de direção empresarial, especialmente, a fiscalização da atividade, as instruções quanto à sua realização, ou a determinação em que momento certa tarefa deva ser desenvolvida.

É claro que o poder de direção empresarial tem limites derivados do seu próprio conteúdo e dos direitos dos trabalhadores: o trabalhador não deve obediência ao empregador sempre que as ordens ou instruções se mostrem contrárias aos seus direitos e garantias, especialmente aquelas ligadas aos direitos fundamentais ou quando alheias às obrigações assumidas por força do contrato de trabalho ou ainda quando atentem contra o princípio da boa-fé.

Nesse passo, pode-se afirmar que os poderes de direção empresarial encontram seu limite nos direitos fundamentais do trabalhador, nas

11 O poder diretivo especifica, a cada momento, o que foi ajustado apenas genericamente, e nesse sentido, como lembra Márcio Túlio Viana, é ao mesmo tempo previsto (enquanto poder) e imprevisível (no modo de se manifestar), ou, em outras palavras, esperado enquanto gênero, e surpreendente enquanto espécie. VIANA, Márcio Túlio. Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias. *In*: Alessandro da Silva et. al. (Coord.). **Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr/Juizes para democracia, 2007, p. 93.

obrigações assumidas por força do contrato de trabalho e no respeito ao princípio da boa-fé, conforme se verá à continuação.

2. Limites dos poderes empresariais

Deve-se registrar, desde logo, que o contrato de trabalho é uma grande contribuição para o reconhecimento e o desenvolvimento dos direitos fundamentais laborais, porquanto são eles oponíveis a todos, inclusive, e especialmente, ao empresário, cujo poder de direção encontra limite na dignidade da pessoa humana do trabalhador, pois a base dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa e dos direitos invioláveis que lhe são inerentes¹². Por conseguinte, a ordem do empregador tem de ser justificada e atenta à inviolabilidade do direito à integridade moral e física das pessoas e ao reconhecimento do direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e à reputação e à imagem que é conferido a todas as pessoas, independentemente da condição social ou profissional. Tanto assim, que o Código Civil (arts. 11,12 e 21) e a Carta de 1988 (art. 5º, incisos V e X) tutelam esses valores como direitos de natureza fundamental e, portanto, indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

Há, pois, uma conscientização da necessidade de se repensar os poderes de direção empresarial, na medida em que, apesar de legitimados, inclusive constitucionalmente, eles encontram limite no respeito à dignidade humana do trabalhador revelada especialmente no respeito à vida privada, à honra e imagem, à vida pessoal de modo a protegê-lo na sua privacidade no local de trabalho com a conseguinte limitação das faculdades de organização, direção e controle do empresário, considerando especialmente que a lógica contratual da subordinação e a organizacional do empresário conspiram contra o exercício dos direitos fundamentais dentro da empresa.

Os poderes empresariais constituem uma ameaça potencial para os direitos fundamentais do trabalhador, dada à forte implicação da pessoa na execução da prestação laboral¹³. Apesar de esses poderes terem legitimação na própria Constituição e não serem intrinsecamente perversos, a lógica

12 Vide o que se encontra previsto nos arts. 1º, incisos III e IV, 4º, inciso IV, 5º, inciso X, da Carta da República brasileira, de 1988.

13 Como lembra J.J. Abrantes, a própria estrutura do contrato de trabalho “contém implicitamente uma ameaça para a liberdade e para os direitos fundamentais do trabalhador”. ABRANTES, J. J. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Lisboa: Themis, 2001, n. 4, p. 24-25.

empresarial e da subordinação pode limitar e condicionar o exercício desses direitos. Por isso, os direitos fundamentais se impõem aos poderes empresariais durante o seu exercício, e isso ocorre ainda quando, como entre nós a norma laboral (CLT) não tenha incorporado, pelo menos expressamente, um sistema específico de proteção a esses direitos, embora em certos momentos a eles haja se referido, como por exemplo, no art. 483. Mas, apesar dessa omissão, os direitos fundamentais se impõem de forma automática a partir da Constituição, limitando e controlando o exercício das faculdades empresariais de modo a impedir que o trabalhador possa ter sua dignidade afetada pelo exercício abusivo dos poderes empresariais pelo empregador.

De outro lado, o princípio da boa-fé que, indubitavelmente incide nas relações laborais, na medida em que, como princípio geral (art. 422 do Código Civil) informa todo o ordenamento jurídico, gera deveres recíprocos no contrato de trabalho. A inserção do princípio da boa-fé no Direito do Trabalho na atualidade, já afirmamos certa feita¹⁴, parece não mais merecer nenhum reproche ou questionamento, pois o dever de atuar com fidelidade, lealdade e que tem relação direta com os critérios de colaboração e solidariedade das partes, tem implicação no contrato individual de trabalho constituindo um limite ao poder de direção empresarial balizando o atuar empresarial na fase pré-contratual, na execução do contrato e posteriormente ao rompimento deste.

Assim, trabalhadores e empregadores devem cumprir suas obrigações e exercer suas faculdades, direitos e poderes também de acordo com o princípio da boa-fé, na medida em que esta é concebida como norma de comportamento leal e honesto de ambas as partes. Hoje em dia, se exige a boa-fé não só do trabalhador, mas, sobretudo, do empresário. Por isso, a boa-fé pode se converter em um meio eficaz, juntamente com os direitos fundamentais, de limitação e controle dos poderes empresariais fazendo ociosa a referência a outras noções, como o interesse da empresa.

Como lembra abalizada doutrina¹⁵, na atualidade, a boa-fé não constitui apenas um instrumento de submissão, mas também de informação, cooperação e adaptação, para responder as necessidades de transparência,

14 LIMA FILHO, Francisco das C. *O princípio da boa-fé como limite da negociação coletiva*. Tese de mestrado preparatória para doutoramento em Direito Social lida em 03.10.03, na Univesidad Catilla-la Mancha – Espanha. Inédita.

15 GIL Y GIL, José Luís. *Principio de la buena fe e poderes empresarias*. Servilla (Espanha): Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2003, p. 195-196.

diálogo, participação, gestão antecipada das competências e qualificações. Por conseguinte, a boa-fé permite assegurar o dinamismo próprio da vida social e é uma condição de viabilidade da empresa: uma comunidade não pode subsistir se está fundada na deslealdade. É, pois, uma noção prometedora no Direito do Trabalho, constituindo, sem dúvida, um limite ao exercício dos poderes de direção empresarial.

Dessa forma, no campo das relações laborais os direitos fundamentais dos trabalhadores apenas poderão ser limitados se, e na medida em que, haja colisão com interesses relevantes da empresa, ligados ao bom funcionamento da mesma e ao correto desenvolvimento das prestações contratuais, e, ainda assim, guardada em qualquer caso, a boa-fé, e sempre em obediência aos critérios de proporcionalidade e de respeito pelo conteúdo mínimo do direito atingido. Por isso, e como mecanismos de limitação ao poder de organização e disciplina empresarial, há todo um arcabouço interno (constitucional e legal) e internacional (tratados e convenções, especialmente as convenções da OIT) de proteção aos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador. Entre os direitos que podem ser afetados no seio da relação de trabalho e antes mesmo que ela tenha início, e que são especialmente protegidos, pode ser citado, exemplificativamente, o direito de proteção à intimidade, à honra, à imagem, bem como o direito do trabalhador de não ser discriminado, conforme se verá nos itens seguintes do presente trabalho.

2.1 Direito à intimidade

Doutrinariamente, o direito à intimidade vem sendo definido como aquele direito que visa resguardar as pessoas dos sentidos alheios, especialmente da vista e dos ouvidos de outrem¹⁶. Pressupõe, portanto, ingerência na esfera íntima da pessoa através de espionagem e divulgação de fatos íntimos obtidos ilicitamente. Seu fundamento é o direito à liberdade de fazer e de não fazer.

De acordo com o pensamento de René Ariel Dotti,¹⁷ a intimidade se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. É, pois, o modo de ser da pessoa

16 PONTES DE MIRANDA. F.C. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. VIII, 1971, p. 124.

17 ARIEL DOTTI, René. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: RT, 1980, p. 69.

que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma¹⁸.

Para Delia Matilde Ferreira Rubio¹⁹, a intimidade pode ser vista sob três aspectos: a) a tranqüilidade, que nas palavras utilizadas pelo juiz Cooley em 1873 significa “o direito de ser deixado só e tranqüilo” ou “o direito de ser deixado em paz”; b) a autonomia, consubstanciada na liberdade que cada indivíduo tem para escolher entre as diversas possibilidades que se lhe apresentam, em todas as instâncias de sua existência, sem intromissões indesejadas que desvirtuem a sua escolha; c) o controle de informação pessoal, no sentido de manter ocultos certos aspectos da vida e de possibilitar que o indivíduo controle o manejo e a circulação da informação que, sobre a pessoa, haja sido confiada a um terceiro.

Pode-se, pois, afirmar que a intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem a intromissão e sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada, na medida em que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros em que a comunicação, ainda que reservada, é inevitável²⁰.

Para Carlos Alberto Bittar²¹, o direito à intimidade é “o direito a não ser conhecido em certos aspectos pelos demais. É o direito do segredo, a que os demais não saibam o que somos ou o que fazemos”.

O direito à intimidade é, assim, o direito personalíssimo que permite

18 O direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade. Todavia, como lembra José Afonso da Silva, pelo menos entre nós, é plausível a distinção entre o direito à intimidade e o direito à privacidade, na medida em que o Texto de 1988 separa no inciso X do art. 5º a intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas. Assim, a terminologia *direito à intimidade* é mais usada pelos povos latinos e direito à privacidade (*right of privacy*) é empregada pelo direito anglo-americano. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 1989, p. 184. O direito à privacidade outorga ao titular o poder de exigir do Estado e dos demais particulares uma abstenção de intervenção na sua esfera jurídica, ou seja, a prerrogativa de impor a terceiros o respeito à sua intimidade e à sua vida privada. Ao proteger a esfera individual do titular contra intromissões do poder público e dos demais concidadãos, o direito à privacidade caracteriza-se como típico direito de defesa. MALTA VIEIRA, TATIANA. *O direito à privacidade na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 95.

19 FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *El derecho a la intimidad: análisis del art. 1.071 bis del Código Civil*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982, p. 42-44.

20 De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a intimidade que é “a vida em ambiente de convívio, no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente ao grupo familiar”, estaria compreendida na vida privada que se desenvolve fora das vistas da comunidade, ou seja, fora das vistas do público, perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1990, p. 36.

21 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 632.

subtrair a pessoa da publicidade ou de outras turbações à vida privada, mas que está limitado pelas necessidades sociais e pelo interesse público.

Nessa perspectiva, o direito à intimidade, que emana da dignidade humana, supõe o reconhecimento da existência de um âmbito reservado, pessoal e privado que seu titular pode subtrair ao conhecimento alheio, seja privado ou público, isto é, âmbito de privacidade que resulta imprescindível para manter uma qualidade mínima de vida humana, própria da cultura ocidental a que pertencemos.

Nessa perspectiva, o direito à intimidade, como reconheceu o Tribunal Constitucional Espanhol²², por seu próprio conteúdo e alcance, se refere à vida privada das pessoas individuais, em que nada pode imiscuir-se sem que esteja devidamente autorizado, e sem que, em princípio, as pessoas jurídicas como as sociedades mercantis, possam ser titulares do mesmo.

Embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos à intimidade e à privacidade, que constituem “direitos da personalidade”, consagrados em nível constitucional, esses direitos são oponíveis contra o empregador, devendo merecer o devido respeito, independentemente do seu titular se encontrar dentro do estabelecimento empresarial. Como lembra Alice Monteiro Barros²³, a inserção do trabalhador no processo produtivo não retira do empregado os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis, na medida em que o contrato de trabalho não pode ser erigido como um título legitimador para a violação de seus direitos como cidadão, mas mais que isso, como ser humano.

A condição de ser humano, portador de uma dignidade pessoal e profissional, jamais poderá ser afetada quando o trabalhador se insere na organização empresarial. Admite-se, como se verá na continuação, apenas modulações, em caráter excepcional, dos direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva (art. 11 do Código Civil).

Não há dúvida de que o direito à intimidade também penetra nas relações laborais, erigindo-se, por conseguinte, em um importante limite da potestade discricionária do empresário, e ao mesmo tempo em garantia do exercício de outros direitos fundamentais. Por isso, de forma expressa

22 Auto 257/1985, de 17 de abril (fundamento jurídico 2). *In*: ROSADO IGLEIAS, Gema. *La titularidade de derechos fundamentales por la persona jurídica*. Valência: tirante lo blanch, 2004, p. 187.

23 MONTEIRO BARROS, Alice. *Proteção à Intimidade do Empregado*. São Paulo: LTr, 1997, p. 32-33.

e como mera especificação de um direito pré-existente do trabalhador enquanto cidadão, este direito se recolhe entre os direitos básicos dos trabalhadores no Texto de 1988 (arts. 1º, I, e 5º, X).

Desse modo, e apesar de não ter dado a necessária e indispensável importância à tutela da vida privada do trabalhador que, diga-se de passagem, sempre é afetada de algum modo pelo poder diretivo empresarial, a velha CLT, no seu art. 483, contém proibição de ofensa à honra e à boa fama do empregado pelo empregador. Conseqüentemente, não só os delitos de calúnia, injúria ou difamação, mas também outros comportamentos capazes de atingir o trabalhador em sua dignidade pessoal devem ser tidos como atentórios à honra, enquanto ofensa à boa fama implica expor o empregado ao desrespeito de outrem.

Constitui, pois infração muito grave, a conduta ou ato empresarial que resultar contrário à intimidade e a consideração devida à dignidade do trabalhador. Tanto assim, que o Código Civil (art. 12) autoriza medidas judiciais que visem não apenas a reparação dos danos decorrentes da violação, inclusive danos morais (art. 5º, inciso X, do Texto Maior), mas também, e principalmente, que façam cessar a ameaça a essa espécie de direito (direito da personalidade²⁴), valendo anotar que essas medidas tendentes à proteção da dignidade e da intimidade do ser humano, trabalhador ou não, podem ser propostas não apenas pela vítima da agressão ou da ameaça, mas também pelo cônjuge (ou companheiro) sobrevivente ou qualquer parente na linha reta ou colateral até o quarto grau, o que evidencia a importância que o legislador emprestou à tutela dessa espécie de direitos²⁵.

No campo das relações de trabalho o direito à dignidade e à intimidade do trabalhador atua como uma espécie de blindagem dos

24 Em linhas gerais, os direitos da personalidade envolvem o direito à vida, à liberdade, ao próprio corpo, à incolumidade física, à proteção da intimidade, à integridade moral, à preservação da própria imagem, ao nome, às obras de criação do indivíduo e todo o mais que seja digno de proteção, amparo e defesa na ordem constitucional, penal, administrativa, processual e civil.

25 Na ocorrência de lesão ou ameaça contra qualquer direito da personalidade, o titular é investido de legitimação ativa para obter a medida cautelar ou punitiva contra o terceiro ofensor. E, se lhe advier prejuízo, serão devidas perdas e danos, a serem avaliados com obediência aos critérios genéricos destinados à sua estimativa, independentemente de não ser dotado de patrimonialidade o direito lesado ou ameaçado. Não obstante seu caráter personalíssimo, os direitos de personalidade projetam-se na família do titular. Em vida, somente este tem direito de ação contra o transgressor. Morto ele, tal direito pode ser exercido por quem ao mesmo esteja ligado pelos laços conjugais, de união estável ou de parentesco. Por conseguinte, ao cônjuge, ao companheiro, aos descendentes, aos ascendentes e aos colaterais até o quarto grau, transmite-se a *legitimatío* para as medidas de preservação da personalidade do defunto. SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2004, p. 243.

dados e do comportamento a seu respeito frente ao empresário, bem como em relação às demais pessoas que operam no meio laboral. E isso, por evidente, entranha proibições e limitações não apenas no curso da execução do contrato, mas também na hora da solicitação do trabalho, proibições estas que se estendem mesmo após o rompimento do vínculo laboral impedindo que o empresário venha fazer considerações ou emitir informações desabonadoras da conduta pessoal do ex-empregado como costuma acontecer, especialmente quando este acede à Justiça do Trabalho em busca de reconhecimento de eventuais direitos violados.

É claro que o dever de respeitar a dignidade do trabalhador, aí compreendido o direito à intimidade, deve ser observado e respeitado não apenas pela empresa empregadora, mas também por todos aqueles que operam no meio laboral, inclusive as agências de contratação e intermediação de mão-de-obra e as prestadoras de serviços.

De outro lado, o armazenamento e a manipulação dos dados pessoais do trabalhador podem causar grave lesão ao seu direito à intimidade e à vida privada, o que implica afirmar que neste ponto o poder de direção da empresa encontra limites no direito de autodeterminação informativa²⁶ do trabalhador que se manifesta na relação laboral, nas seguintes hipóteses:

a) a empresa ou empregador ou agência de contratação de mão-de-obra ou prestadoras de serviços *não poderão coletar os chamados dados “sensíveis”*, considerados como aqueles relativos à religião, à raça, à ideologia política, religiosa ou sindical, ao tipo físico, à cor, ao peso, à tendência psíquica, à orientação sexual, aos vícios ou outras práticas pessoais que poderiam ser usados como instrumento de ações discriminatórias, vedadas por força de expressas disposições constitucional e legal²⁷.

De fato, a forma como o trabalhador decide relacionar-se na sua vida privada não pode constituir uma informação importante para o empregador, e, por isso, não constitui uma aptidão profissional necessária para a execução

26 O direito à autodeterminação informativa, construção da doutrina e da jurisprudência alemãs, equivale à liberdade informática e tem uma importância decisiva nas sociedades tecnológicas atuais. Por isso, sua função se resume em garantir aos cidadãos a faculdade de informação, acesso e controle dos dados que lhes dizem respeito. Todavia, essa forma de intimidade não se concebe como um valor infra-subjetivo, mas como autodeterminação do sujeito no seio de suas relações com os demais cidadãos e com o poder público. Por conseguinte, intrinsecamente relacionado ao o direito à intimidade e à vida privada, dizendo respeito ao controle que o indivíduo deve ter sobre todos os dados, registros e informações que lhe digam respeito. Por ser um direito integrante das liberdades públicas, pode ser exercitado em face de todos, inclusive do poder público e a sociedade em particular, aplicando-se também no âmbito das relações laborais.

27 Arts. 3º, III e 5º, da Carta de 1988.

da prestação laboral. Por conseguinte, qualquer atuação do empregador que tente indagar sobre esses dados ou fatos sensíveis é ilícita e ao trabalhador é legítimo recusar-se a responder e, quando for mesmo necessário dar uma resposta, poderá não dar elementos, pois a não prestação de dados que são irrelevantes para a celebração do contrato é lícita, na medida em que se apresente como uma das possíveis defesas de seus direitos fundamentais.

O trabalhador, é certo, embora tenha determinados deveres de informação em relação ao empregador, não está obrigado, contudo, a lhe fornecer informações que não sejam diretamente pertinentes para aferir a sua aptidão ou idoneidade para o posto de trabalho como aquelas relacionadas com a sua vida íntima²⁸.

Assim, perguntas referentes a esses *dados sensíveis*²⁹ não podem ser feitas por ocasião da contratação, e quando feitas, o candidato ao emprego pode justamente se recusar a respondê-las. Se vier a não ser contratado em razão da recusa, terá direito a ser indenizado pelos danos sofridos, inclusive morais, a teor do que previsto no art. 5º, inciso X, do Texto Maior.

Os dados sensíveis por se referirem a aspectos mais íntimos do indivíduo, necessitam da prévia e expressa permissão do titular ou do seu representante para serem tratados, exceto se houver autorização legal, quando será dispensável essa manifestação que em nenhuma hipótese pode ser presumida.

b) no que concerne aos *dados “nominativos”* ou não sensíveis, assim considerados aqueles que identificam a pessoa, como por exemplo, contas bancárias, propriedades, etc, é permitido o armazenamento deles pela empresa desde que se encontrem relacionados com o contrato de trabalho ou ainda quando houver autorização expressa do trabalhador;

Entretanto, como lembra Tatiana Malta Vieira³⁰, mesmo esses dados necessitam de proteção – garantindo-se sua integridade, autenticidade e confidencialidade – uma vez que, ao serem confrontados com outros dados, podem revelar aspectos que o titular gostaria de manter em sigilo,

28 COELHO MOREIRA, Teresa. *A conduta e a orientação sexuais do trabalhador*. In: MONTEIRO FERNANDES, António (Coord.) *Estudos de Direito do Trabalho em homenagem ao Prof. Manuel Afonso Olea*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 613-645.

29 Os dados pessoais podem ser classificados em três espécies: a) não sensíveis; b) sensíveis; e c) de tratamento proibido. Os dados não sensíveis correspondem à esfera privada de seu titular enquanto os dados sensíveis abrangem os valores atinentes ao âmbito da intimidade ou esfera confidencial, cujo acesso é mais restrito, e os dados proibidos englobam a esfera do segredo abrangendo as manifestações espirituais da pessoa, características da vida íntima *stricto sensu*.

30 MALTA VIEIRA, Tatiana. *Ob. cit.*, p. 256-257.

por afrontarem diretamente seu direito à privacidade, pois ainda que certos dados pessoais não deixem transparecer mensagem significativa, quando analisados isoladamente, devem ser submetidos a procedimentos e medidas especiais de proteção, na medida em que agrupados, permitem a definição do perfil de seu titular.

c) a divulgação dos dados pessoais do trabalhador somente poderá ocorrer com o seu expresso consentimento, mesmo após rompida a relação laboral ou quando sequer foi ele admitido;

d) a empresa não pode impedir que o trabalhador possa ter acesso a esses dados, podendo este, em caso de recusa do empregador ou ex-empregador, para permitir o acesso lançar mão do remédio judicial adequado (*habeas data*) para obter os dados a seu respeito, inclusive visando a correção de equívocos existentes nos registros. E quando a negativa ou a incorreção dos dados tiver sido levada a efeito no seio da relação de trabalho ou em face dela, a medida deve ser requerida perante a Justiça do Trabalho, na forma da inteligência do art. 114, inciso IV, da Carta de 1988, na redação que lhe foi dada pela Emenda 45/2004;

e) extinta a relação laboral, a manutenção dos dados pela empresa depende de autorização do trabalhador, exceto para os casos previstos em lei, como por exemplo, aqueles necessários à fiscalização da Previdência Social e do Ministério do Trabalho;

f) a existência de equívocos ou falsificações nos registros do trabalhador dá a este o direito a proceder a devida retificação, inclusive por meio da ação judicial cabível, como acima se afirmou;

g) enfim, a empresa ou empregador não pode lançar mão dos dados pessoais do trabalhador para finalidade estranha à relação laboral.

Todavia, parece razoável entender que a empresa ao admitir um trabalhador, dele possa solicitar através de questionários ou outro procedimento, dados pessoais indispensáveis para a seleção e para a contratação, mas somente aqueles que se fizerem absolutamente necessários.

De acordo com a doutrina espanhola³¹, a solicitação dos dados pessoais do trabalhador por ocasião da admissão somente é aceitável quando observados os seguintes princípios:

a) somente poderão ser solicitados ou coletados dados de caráter pessoal quando seu tratamento e conservação ou manipulação “sejam

31 MARTINS VALVERDE, Antonio et al. *Derecho del Trabajo*. Madrid: tecnos, 2003, p. 614.

adequados, pertinentes e não excessivos” em relação com o fim que se persegue;

b) os interessados de quem se pede os dados pessoais deverão ser previamente informados de modo expresso, preciso e inequívoco sobre o objeto do pedido, o uso dos dados e os direitos que lhes assistem;

c) o tratamento de ditos dados requer o consentimento inequívoco do afetado, salvo quando a lei disponha de forma diversa ou quando necessários para a manutenção ou cumprimento do contrato ou de uma relação jurídica, incluída, é claro, a relação laboral.

Nesse passo, o princípio da boa-fé tem uma grande relevância desempenhando um importante papel no controle dos poderes empresariais a respeito não apenas da coleta de dados pessoais do trabalhador, mas também quanto ao armazenamento e divulgação desses dados.

De fato, fare ao mencionado princípio a coleta de dados pessoais sem o consentimento de seus titulares, seguida da formação de um banco de dados utilizado para se traçar o perfil desses indivíduos, informações depois mercantilizadas com empresas de publicidade, marketing ou quando repassadas a outra empresa sem autorização do trabalhador, como costuma acontecer no meio empresarial. Afeta igualmente ao princípio da boa-fé a coleta de dados com a tática da anuência do trabalhador para fins de execução de um contrato de prestação de serviços ou representação de algum produto, seguida da utilização dos mesmos dados para atender a interesses comerciais alheios aos fins para os quais foram coletados e não autorizados para aquele mesmo titular³².

Assim, informações coletadas para determinado propósito poderão ser utilizadas para finalidades diversas tão-somente em casos em que haja prévio e expresso consentimento do seu titular legal, pena de agravo ao princípio da boa-fé. Lembra a doutrina nacional³³ que a única hipótese em que os dados poderão ser utilizados para finalidades diversas daquela para as quais foram colhidos diz respeito à situação em que o próprio Estado promove o recolhimento, e para fins de preservação de outros interesses

32 No âmbito da União Européia as Diretivas 94/46/CE (art. 6º, item a, letras *a* e *b*) e 2002/58/CE prevêem expressamente o princípio da lealdade e da boa-fé na coleta, armazenamento e divulgação dos dados do indivíduo. De acordo com referidas Diretivas os dados devem ser recolhidos com o conhecimento do respectivo titular, vedando-se a coleta por meio de terceiros, o que implica ausência de controle pelo próprio titular. Impõe-se, ainda, que os dados somente sejam utilizados para os fins para os quais foram colhidos, ou seja, só podem ser utilizados para a realização dos objetivos propostos e desde que autorizados pelo titular.

33 MALTA VIEIRA, Tatiana. *Ob. cit.*, p. 283.

públicos, como a investigação criminal e o exercício da atividade de inteligência. Nessas hipóteses, há o entendimento de que se instala uma situação de colisão entre o direito fundamental à privacidade e à intimidade e o valor constitucional segurança pública, devendo ser aplicado em qualquer hipótese o princípio da proporcionalidade para resolução do conflito.

Mas, se é certo que o contrato de trabalho não pode constituir, por si só, título hábil para a introdução de limitações aos direitos fundamentais que correspondem ao trabalhador como tal e como cidadão, não é menos verdadeiro que o direito à intimidade, à própria imagem, ao segredo das comunicações não é absoluto. Portanto, pode ceder ante interesses constitucionalmente relevantes, sempre que a limitação que possa experimentar se revele necessária para alcançar o fim previsto, proporcionado para alcançá-lo e, em qualquer caso, seja respeitado o conteúdo essencial do próprio direito³⁴.

Não existe uma obrigação geral incompatível entre o necessário respeito aos direitos fundamentais do trabalhador e ao emprego, pela empresa, no âmbito de suas faculdades de organização nos sistemas que permitem obter informações reveladoras do grau de cumprimento das obrigações laborais, suscetíveis de sua posterior reprodução como meio de prova das irregularidades apreciadas desde, é claro, que seja estabelecido um ponto de equilíbrio entre o emprego e as restrições e o sacrifício que supõe para os direitos considerados. Por conseguinte, é necessário fazer a adaptabilidade dos direitos do trabalhador aos objetivos da organização produtiva a que ele se integra, levando em conta a razoabilidade destes.

Desse modo, parece razoável defender com Javier Gárate Castro³⁵ ser possível a limitação proporcionada desses direitos pelo recurso a mecanismos de captação de imagens, sons, palavras ou outros dados e, por extensão a reprodução do conteúdo captado como prova:

a) quando restar suficientemente comprovado que aquele recurso é adequado ou útil para a satisfação de um interesse empresarial legítimo e, portanto, merecedor de tutela e seja relacionado com o correto e ordenado desenvolvimento da atividade produtiva, de forma que não basta a mera invocação do interesse para justificar a limitação;

34 No ordenamento jurídico nacional, o art. 11 do Código Civil estabelece que: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

35 CASTRO, Javier Gárate. *Derechos Fundamentales del Trabajador y Control de la Prestación de Trabajo por Medio de Sistemas Proporcionados por las Nuevas Tecnologías*. In: **Minerva. Revista de Estudos Laborais**. Lisboa: Almedina, Ano V, n. 8, março/2006, p. 151-180.

b) a própria limitação ou modificação do direito fundamental afetado se mostre proporcionada para o fim que se pretende alcançar, ou seja, resulte indispensável ou estritamente necessária para lograr referida satisfação do interesse empresarial da maneira menos agressiva ou restritiva do direito sobre o qual se projeta.

No Brasil, a doutrina³⁶ entende que o direito à autodeterminação informática do trabalhador – candidato a emprego ou empregado –, por constituir uma nova fase do direito à intimidade e à vida privada, tem proteção efetiva no disposto no art. 5º, inciso X, Constituição de 1988, não sendo necessária a existência de legislação regulamentadora da garantia, o que parece correto, na medida em que o direito à intimidade, constituindo uma dimensão da dignidade humana, garantida como um dos fundamentos da República Brasileira no texto expresso da Constituição, é auto-aplicável, máxime porque também garantido em vários Tratados Internacionais sobre os direitos humanos de que o Brasil é parte. Aplica-se, pois, o disposto no art. 5º, § 1º da Carta de 1988.

A dignidade e a intimidade do trabalhador implicam o uso ponderado dos poderes empresariais de direção e organização do trabalho e, particularmente, no tocante ao controle e vigilância.

Com efeito, se é certo que o empresário pode adotar medidas que entenda mais oportunas de vigilância e controle, entre elas podendo figurar meios audiovisuais, óticos ou outros de igual eficácia, a contratação dos serviços de profissionais, ou o registro sobre a pessoa ou dados pessoais do trabalhador, não é menos verdadeiro que tais medidas somente podem ser consideradas legítimas se referidas à verificação do cumprimento das obrigações laborais. Não se pode jamais admitir a intromissão na esfera íntima ou na vida privada do trabalhador, devendo, por isso mesmo, guardar sempre a consideração devida à sua dignidade humana (art. 1º, III e 5º, X da Constituição de 1988).

Desse modo, a revista pessoal, que envolve os objetos que acompanham o trabalhador, assim como a sua própria pessoa, somente pode ser admitida – sempre em caráter excepcional – para salvaguardar o patrimônio do empregador e a segurança dos demais trabalhadores. Todavia, sua admissão não pode em hipótese alguma colocar o trabalhador em situação vexatória, pois o direito de propriedade não pode jamais se sobrepor à dignidade do trabalhador.

36 SIMÓN, SANDRA LIA. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 167.

Nesse sentido, vale trazer à colação o seguinte julgado que bem soube interpretar e garantir:

DANO MORAL - REVISTA ÍNTIMA - DIREITO À INTIMIDADE X DIREITO DE PROPRIEDADE - COLISÃO ENTRE DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS - TEORIA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES. Em razão do princípio específico da unidade da Constituição, na hipótese de colisão entre direitos constitucionalmente tutelados, o método a ser utilizado é aferir entre os interesses contrapostos aquele que possui, no caso concreto, maior preeminência e menor restrição na ordem jurídica constitucional, limitando-se um direito fundamental para salvaguardar outro. No caso em apreço, o poder de fiscalização da propriedade do empregador é limitado à garantia de preservação da honra e da intimidade da pessoa física do trabalhador, que encontra no princípio da dignidade da pessoa humana sua maior expressão³⁷.

Nessa perspectiva, parece razoável afirmar que entre nós, a doutrina e a jurisprudência consideram e admitem a revista pessoal (realizada diretamente tanto no corpo do trabalhador feita em objetos que ele carrega consigo, como bolsas e sacolas) uma forma de concretização do poder de controle do empregador, no sentido de fiscalizar as atividades desempenhadas pelo empregado. Todavia, não é menos verdadeiro dizer que mesmo quando indispensável, a revista somente pode ser realizada na saída do trabalhador dos locais de trabalho e quando existirem fatos concretos que a recomendem. Mas nessa hipótese, somente poderá ser realizada através de instrumentos que não violem a intimidade do empregado. Mesmo tolerada e considerada pelos tribunais brasileiros como um direito de fiscalização do empregador, se tornará abusiva e desrespeitosa à dignidade humana quando efetivada de forma imoderada ou desproporcionada.

Nesse sentido, por exemplo, já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho, conforme se vê da seguinte ementa³⁸:

EMENTA: DANO MORAL – PRESENÇA DE SUPERVISOR NOS VESTUÁRIOS DA EMPRESA PARA ACOMPANHAMENTO DA TROCA DE ROUPAS DOS EMPREGADOS – REVISTA VISUAL. Equivale à revista pessoal de controle e, portanto, ofende o direito à intimidade do empregado a conduta do empregador que, excedendo os limites do poder diretivo e fiscalizador, impõe a presença de supervisor,

37 TRT 24ª Região. RO 0124.2005.001.24.00. Disponível em <<www.trt24gov.com.br>>. Acesso 16.08.07.

38 TST-RR-2195/1999.009-05-00.6. Ac. 1ª T. *In*: *DJU*, 09.06.2004.

ainda que do mesmo sexo, para acompanhar a troca de roupa dos empregados no vestuário. O poder de direção patronal está sujeito a limites inderrogáveis, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional. Irrelevante a circunstância de a supervisão a ser empreendida por pessoa do mesmo sexo, uma vez que o constrangimento persiste, ainda que em menor grau. A mera exposição, quer parcial, quer total, do corpo do empregado, caracteriza grave invasão à sua intimidade, traduzindo incursão em domínio para o qual a lei franqueia o acesso somente em raríssimos casos e com severas restrições, tal como se verifica até mesmo no âmbito do direito penal (art. 5º, XI e XII, da CF). Despiciendo, igualmente, o fato de inexistir contato físico entre o supervisor e os empregados, pois a simples visualização de partes do corpo humano, pela supervisora, evidencia a agressão à intimidade da Empregada. Tese que se impõe à luz dos princípios consagrados na Constituição da República, sobretudo os da dignidade da pessoa, erigida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso II) e da inviolabilidade da intimidade e honra (art. 5º, inciso X). Recurso de Revista que se conhece e a que se dá provimento para julgar procedente o pedido de indenização por dano moral.

Quando não atendidas as exigências da ponderação e do respeito à intimidade do trabalhador, a revista será considerada como atentatória à dignidade do empregado, que pode justificadamente usar o *jus resistentia*, sem que esse seu comportamento caracterize desobediência, que daria ensejo ao rompimento do contrato por justa causa.

No que se refere à revista em objetos e armários, a jurisprudência tem admitido com o fim de salvaguardar o patrimônio do empregador e para garantir a segurança dos demais trabalhadores. Porém, também aqui, os requisitos para que ela seja admitida são os mesmos para a revista pessoal: imprescindibilidade para a proteção da propriedade; realização no final do expediente, com sistema de seleção automática e anuência ou acompanhamento do trabalhador.

O empregador não pode fiscalizar sem o consentimento do empregado os bens que este tem para seu uso e gozo e que, portanto, mesmo tendo sido reservados em razão do trabalho, passam a integrar a sua esfera íntima e privada. Daí porque não se pode concordar com o entendimento de que o empregador possa monitorar o *e-mail* do trabalhador pelo mero fato do computador ser de propriedade da empresa e usado como ferramenta de trabalho.

O fato do *e-mail* ser ou não meio de comunicação e ferramenta de trabalho não autoriza a intromissão do empregador na esfera privada do

trabalhador. O *e-mail* é ferramenta de trabalho, mas ao mesmo tempo serve ao indivíduo. Não é porque o empregador forneceu o equipamento que pode invadir a privacidade do empregado que se manifesta por tal meio, naturalmente. Na verdade, como lembra Jorge Luiz Souto Maior³⁹, “por detrás da postura do empregador de defender seu “direito” de visualizar as mensagens enviadas e recebidas por seu empregado está embutida uma nova forma de controle, baseada muitas vezes no falso argumento da moralidade, para, no fundo, apenas potencializar o estado de sujeição do empregado”.

Ao comentar algumas sentenças dos tribunais espanhóis a respeito da possibilidade do empregador ter acesso ao conteúdo do *e-mail* do empregado, Javier Gárate Castro⁴⁰ afirma que tal entendimento não permite concluir que esse acesso seja sempre alheio ao segredo das comunicações e constitua uma medida que não entra em contradição com esse direito ou o relativo à intimidade. Para ele:

El principio de proporcionalidad rige también aquí y, por lo tanto, hará que valorar si no existe otra medida menos agresiva que permita satisfacer el legítimo interés de la empresa de controlar el correcto uso de la herramienta o comprobar la sospecha de comisión de irregularidades por parte del trabajador controlado. No creo que la irregularidad en el uso del correo electrónico, sancionable como incumplimiento contractual, justifique cualquier tipo de control. Al respecto, interesa tener presente que, tanto si se trata de la fiscalización del uso del correo electrónico como de otras posibles aplicaciones del ordenador, desde el punto de vista de la adecuación a principio de proporcionalidad, la menor agresividad de los derechos fundamentales afectados corresponde, como también han tenido oportunidad de señalar los Tribunales laborales, al control o registro informático que se circunscribe a los aspectos externos de la información registrada, como son el tipo de programas o aplicaciones utilizadas, el tipo de páginas *web* consultadas o la cantidad de correos enviados y la fecha de la misión. Se a la empresa le basta para satisfacer su interés con el acceso a ese tipo de datos, no debe ir más lejos, salvo que quiera correr el riesgo de su actuación se estime contraria a los derechos fundamentales del trabajador.

Assim, mesmo que se admita a possibilidade do acesso pelo empregador ao *e-mail* do empregado, isso somente poderá ocorrer, excepcionalmente, para verificar o correto uso da ferramenta ou para comprovar eventual cometimento de irregularidades por parte do

39 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O monitoramento de e-mail no local de trabalho*. In: *Revista de Derecho Social Latinoamérica*. Buenos Aires: Editorial Bomarzo, v. 1, 2006, p. 199-202.

40 CASTRO, Javier Gárate. *Ob. cit.*, p. 176-177.

trabalhador controlado, na medida em que tal procedimento implica limitação ao direito à privacidade ou a intimidade do empregado e ainda ao sigilo de suas correspondências, constitucionalmente garantido que jamais poderá ser violado apenas em nome do poder diretivo empresarial e do direito de propriedade.

Deve-se levar em conta, sempre, que a restrição de direito fundamental, embora excepcionalmente admitida, deve ser justificada pela necessidade de garantir outro bem ou direito constitucionalmente protegido, pois como averba Rafael Naranjo de la Cruz⁴¹ “la restricción del derecho fundamental debe tener en cuenta también que éste disfruta igualmente de protección constitucional, así como el carácter supremo de la misma. Por tanto, el límite ha de aparecer justificado por la necesidad de garantizar otro bien o derecho constitucionalmente protegido; ser adecuado, esto es, útil para consecución del fin propuesto; necesario, por no existir otro igualmente apto para garantizar el bien que se le opone que, sin embargo, no afecta el derecho fundamental en cuestión, o lo haga en menor medida; y finalmente, debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, corresponderse a la importancia que, desde un punto de vista constitucional, cabe atribuir a cada una de las manifestaciones de los bienes en juego”.

Desse modo, não é possível comungar com o entendimento daqueles que admitem que o empregador possa monitorar o *e-mail* do trabalhador pela mera circunstância de ser proprietário do computador. Sendo o *e-mail* mera ferramenta de trabalho o empresário pode “monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em *e-mail* corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo”⁴². Ao se admitir essa tese como válida, estar-se-ia privilegiando o direito de propriedade em detrimento ao direito à privacidade, à intimidade do trabalhador e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente garantidos (art. 5º, incisos X e XII da Carta de 1988).

O simples fato de uma linha telefônica e aparelho pertencerem a uma empresa evidentemente não confere à organização o direito de interceptar as ligações de seus empregados sem autorização judicial. Deve-se, pois,

41 NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de os derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 217.

42 Esse foi o entendimento acolhido pelo Tribunal Superior do Trabalho, 1ª Turma, ao julgar o ED-RR 613/2000-013-10-00.7, entendendo que o *e-mail* corporativo ostenta “natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço”.

entender quanto às comunicações eletrônicas, que não podem ser monitoradas sob a singela alegação tanto da titularidade do contrato com do provedor de acesso à *internet* quanto da propriedade dos recursos eletrônicos.

Sem dúvida o monitoramento do *e-mail* do empregado impede o exercício de outros direitos fundamentais além do direito à privacidade, como o direito à liberdade de expressão, à crítica e até mesmo de reflexão sobre as condições de trabalho. Ademais, como observa com propriedade Mario Antônio Lobato de Paiva⁴³, o poder de direção e a necessidade de controle de tráfego de informações da empresa podem ser implementados recorrendo-se a outros recursos menos invasores à privacidade, sendo desnecessário o rastreamento de todas as mensagens do empregado.

Nessa perspectiva, se deve concluir pela inconstitucionalidade do monitoramento generalizado de todas as comunicações dos empregados realizadas por meio de recursos computacionais da empresa, ainda que tal previsão exista em norma interna da empresa ou tenha sido inserida como cláusula do contrato de trabalho, porque tal procedimento afronta a garantia constante do inciso XII do art. 5º, do Texto de 1988 que regula o sigilo das comunicações sem estabelecer qualquer distinção entre comunicação profissional e comunicação pessoal permitindo a interceptação apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, mas somente mediante ordem judicial e desde que observado o devido procedimento previsto em lei, hipótese que evidentemente não se encaixa a auto-restrição em contrato de trabalho – relação marcadamente assimétrica em que não existe nem mesmo a liberdade do empregado na decisão de limitação do direito de personalidade. Por conseguinte, o entendimento que vem sendo dado pela jurisprudência laboral a respeito do tema não se coaduna com a garantia constitucional acima mencionada mostrando-se completamente desproporcional.

2.2 Direito à imagem e à honra

O direito à imagem é um valor fundamental da dignidade humana. O art. 5º, inciso X, da Constituição, declara invioláveis a honra e a imagem das pessoas.

Para José Afonso da Silva⁴⁴ o direito à preservação da imagem e da

43 LOBATO DE PAIVA, Mário Antônio. *A privacidade do trabalhador no meio informático*. Disponível em <<http://www.ibdi.org.br/index.php?secao=&d_noticia=125&ação=lendo>>. Acesso em 12.09.07.

44 SILVA, José Afonso. *Ob. cit.*, p. 186.

honra, como o nome, não caracteriza propriamente um direito à privacidade menos ainda à intimidade. Tanto assim, que a Carta de 1988 reputa-os valores humanos distintos.

O indivíduo tem a faculdade de decidir que aspectos de sua pessoa deseja preservar da divulgação pública, a fim de garantir um âmbito privativo para o desenvolvimento da personalidade alheia a ingerências externas, o que termina por se projetar em outro direito fundamental, qual seja, o direito à honra, aqui entendido como fama, reputação, bom nome.

A honra é assim, o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito aos concidadãos, o bom nome, a reputação. É, pois, o direito fundamental da pessoa de resguardar essas qualidades e de preservar a própria dignidade.

Desse modo, o direito de proteção e valorização externa da pessoa é dotado das notas de imanência – *a própria estimacão* –, e de transcendência – *o reconhecimento externo da própria dignidade*. É, pois, um direito de natureza personalíssimo e, portanto, de titularidade individual que não admite réplica contrária.

Também no âmbito das relações laborais o trabalhador tem o direito à sua própria imagem que é uma derivação de sua dignidade e que tem por escopo a proteção da dimensão moral de sua pessoa atribuindo-lhe um direito de determinar a informação gráfica gerada pelos seus traços físicos pessoais que pode ter difusão pública, bem como a faculdade para evitar essa difusão incondicionada de seu aspecto físico, na medida em que constitui o primeiro elemento configurador da esfera pessoal de todo indivíduo, enquanto instrumento básico de identificação e projeção exterior e fator imprescindível para seu próprio reconhecimento como sujeito individual.

Essa reserva pessoal, referente ao aspecto físico, que também se reflete na personalidade moral do indivíduo, além de satisfazer a uma exigência espiritual de isolamento, é ao mesmo tempo uma necessidade iminentemente moral.

No direito à honra, a pessoa é tomada frente à sociedade, no círculo social em que se insere, função do valor ínsito à consideração social. Daí, a violação a esse valor produzir reflexos na sociedade, acarretando para o lesado diminuição social, com conseqüências pessoais (humilhação, constrangimento, vergonha) e patrimoniais (no campo econômico, como o abalo de crédito, descrédito da pessoa ou da empresa, abalo de conceito profissional).

Com efeito, sendo a honra objetivamente considerada, um atributo valorativo da pessoa na sociedade (pessoa como ente social), a lesão se reflete, indubitavelmente, de imediato, na opinião pública, considerando-se perpetrável por qualquer meio possível de comunicação (escrito, verbal, sonoro)⁴⁵.

No marco laboral, a violação à honra se mostra ainda mais grave, pois o contrato de trabalho tem como um dos seus elementos mais importantes, a fidedignidade do empregador na pessoa do empregado, que pode simplesmente desaparecer colocando em risco o próprio emprego em caso de comentários ou notícias desabonadoras da honra pessoal ou profissional do trabalhador.

Nessa perspectiva, a violação desse direito pelo empregador ou preposto seu com a divulgação de imagens não autorizadas, de notícias ou comentários desabonadores da honra pessoal ou profissional do trabalhador constitui evidente atentado à dignidade deste implicando no dever de indenização pelos danos morais e materiais causados, inclusive pela eventual perda de nova colocação no mercado de trabalho⁴⁶, na forma do previsto no art. 5º, incisos V e X, do Texto Maior, combinado com o que se encontra expresso nos arts. 11, 12 e 21 do Código Civil.

Esse direito que acompanha a pessoa desde o nascimento por toda a vida e, mesmo após a morte, como se viu, tem por escopo tutelar a reputação do ser humano no seio da coletividade e a preservação da própria dignidade humana. E por óbvias razões, incide também, e com muito maior ênfase, nas relações laborais, onde a lógica da subordinação e da dependência do emprego torna o trabalhador mais vulnerável à violação de seus direitos fundamentais, entre os quais se inscreve o direito à honra, ao bom nome e à boa fama como, aliás, a velha, mas sempre lembrada CLT previu no art. 483.

45 BITTAR, Carlos Alberto. *Ob. cit.*, p. 70.

46 Não é incomum, ao contrário, ocorre com razoável frequência, serem dadas informações desabonadoras da conduta pessoal ou profissional de trabalhadores pelo ex-empregador após rompido o vínculo de emprego, especialmente quando aquele reclama perante a Justiça do Trabalho. Há mesmo aqueles que após receber a notificação para a audiência registram boletim de ocorrência contra o ex-empregado com acusação de prática de delito sem menor procedência, como forma de vingança. É claro que essa prática termina maculando a honra do trabalhador que não raro o impede de se inserir no mercado de trabalho. Esse comportamento atenta contra a honra do trabalhador ensejando o direito à indenização por todos os danos que venha sofrer em decorrência do ilícito ex-empregador.

2.3 Direito à liberdade ideológica e religiosa

De acordo com o inciso VI do art. 5º da Carta Maior, é inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o inciso VIII que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.

Como se vê, a Constituição garante a liberdade ideológica, religiosa e de culto aos indivíduos e às comunidades sem mais limitação, em suas manifestações.

No campo laboral, por força da garantia antes mencionada, o trabalhador tem direito de não ser discriminado para o emprego, ou uma vez empregado, por razões de “*crença religiosa ou de convicção filosófica ou política*”, direito esse que também se recolhe na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU em 1948.

Aos poderes públicos incumbe, pois, o dever de não sancionar, nem desmerecer ou prejudicar a nenhuma pessoa em razão de suas crenças ideológicas, proibida toda ingerência na dimensão externa ou no agir lícito dessa liberdade.

Nesse passo, o mesmo dever se impõe aos poderes privados ou em geral às condutas dos particulares, e especialmente, às decisões empresariais no marco da relação de trabalho ou emprego.

O direito de liberdade ideológica, religiosa e de culto, bem como o direito de não declarar sobre sua ideologia, religião ou crenças, que se encontra conectado com a dignidade e a intimidade da pessoa do trabalhador, com relação ao âmbito laboral permite ao empregado decidir livremente sobre suas idéias, suas opções vitais ou suas convicções de tipo religioso, político ou sindical, e lhe protege frente a possíveis indagações ou medidas de represália por conta da mesma.

Entretanto, se deve mencionar, aqui, por necessário, a questão das empresas de tendência, em que o exercício dos direitos fundamentais por parte do trabalhador pode sujeitar-se a limitações quanto à organização empresarial face à exigência de eficaz ou concreta difusão do trabalho ideológico da empresa.

De acordo com a doutrina⁴⁷, ainda que não haja como regra geral obrigação de declarar os dados referentes às convicções ideológicas, religiosas ou sindicais, a comunicação a seu respeito em alguns casos

47 MARTINS VALVERDE, Antonio et al.. *Ob. cit.*, p. 613.

concretos se faz necessária para que o empresário possa dar cumprimento a determinadas obrigações legais, como por exemplo, descanso em dias solenes, proteção especial frente à despedida, entre outras.

A jurisprudência espanhola, por exemplo, tem se mostrado um tanto indecisa a respeito dessa questão, pois o Tribunal Constitucional tem entendido que na hipótese das empresas de tendência se admite a limitação do direito quando justificada na estrita medida em que seja necessária para salvaguardar o normal desenvolvimento da atividade ideológica, também garantida constitucionalmente, porém ressaltando que terceiros como o sindicato e os representantes do trabalhador não podem revelar os dados. Todavia, não estabelece critérios seguros para que, respeitando os direitos do trabalhador, possa o empresário ter conhecimento de uma situação geradora de obrigações.

Desse modo, pode-se dizer que no âmbito das empresas de tendência, o trabalhador pode sofrer alguma mitigação no direito à crença ou liberdade ideológica, religiosa e de culto e, como conseqüência, na prática não há âmbito de total exclusão dessas empresas a respeito do campo de aplicação da proibição de discriminação⁴⁸ e da garantia da indenização pelo exercício de tais liberdades⁴⁹.

Assim, pode-se afirmar que o direito à liberdade ideológica termina sofrendo certa mitigação quando se tratar de empregado de empresas de tendência, porém o que não pode acontecer é que o trabalhador seja discriminado em razão de sua ideologia.

2.4 Direito à não discriminação

Discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada, tendo como causa, muitas ou na maioria das vezes, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em razão de uma característica sua, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos, como cor, raça, sexo ou orientação sexual, nacionalidade, estado civil, riqueza, etc⁵⁰.

48 Porque nestes entes é legítimo exigir-se do trabalhador uma mínima sintonia com o “*ideário empresarial*”, como assentado pela jurisprudência espanhola (STC 47/1985, de 27 de março).

49 MOLINA NAVARRANTE, Cristóbal et al. *Ob. cit.*, p. 28.

50 DELGADO, Mauricio Godinho. *Proteções contra discriminação na relação de emprego*. In: *Discriminação*. VIANA, Márcio Túlio et al (Coord.). São Paulo: LTr, 2000, p. 96.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a discriminação constitui a diferenciação de tratamento sem que haja motivos lógicos para tanto, como decorrência de algum tipo de preconceito em face de determinado atributo pessoal do discriminado como sexo, orientação sexual, cor, etnia, etc.⁵¹

De acordo com os termos da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, ratificada pelo Brasil e, portanto, integrante do ordenamento jurídico nacional, discriminação é:

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em outro qualquer da vida pública.

Registre-se que a aludida Convenção Internacional ao delimitar o conceito de discriminação, elegeu como elementos constitutivos aqueles que são característicos naturais ou culturais do indivíduo que, historicamente, têm sido recorrentes, sem, todavia, com isso estabelecer um sistema taxativo. Por conseguinte, e embora o texto não mencione exclusão, restrição ou preferência baseada no critério da compleição física ou mental, é claro que a definição de discriminação engloba também as pessoas que são portadoras de alguma deficiência física ou mental⁵².

De outro lado, o fato da normativa internacional mencionar apenas o campo da vida pública, situando, inicialmente, o problema no âmbito da eficácia vertical dos direitos fundamentais – o Estado em face do particular – não impede que a noção seja estendida às relações entre particulares e, portanto, se desloque para os domínios de sua eficácia horizontal, máxime porque como sabemos, muitas vezes o vilão da discriminação não é um agente público, especialmente no campo das relações laborais em que a discriminação acontece até mesmo entre colegas de trabalho, inclusive

51 Nos termos do art. VII, da Declaração Universal dos Direitos do Homem “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

52 SILVA, Alexandre Vitorino. *Direitos à prestações positivas e igualdade*. São Paulo: LTr, 2007, p. 42.

através da insidiosa figura do assédio moral⁵³ e sexual⁵⁴. Mas nem por isso o Estado está isento do seu dever indeclinável de proteger os indivíduos perante os particulares, que na realidade não passam de terceiros vinculados pela irradiação do princípio da igualdade⁵⁵, inclusive a jurisprudência do STF vem apontando nesse rumo ao admitir a possibilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, consideradas as peculiaridades do caso concreto⁵⁶.

Como se pode perceber do texto da aludida normativa internacional, a discriminação nele prevista assume um caráter negativo, ilícito, de exclusão, de reprovabilidade. É esse tipo de discriminação que nos interessa analisar no presente trabalho, e mais que isto, sua incidência e repercussão no campo das relações laborais.

Para a Convenção 111 da OIT, que trata do tema, o termo discriminação compreende: 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 oportunidade 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

53 Assédio moral é constituído pelo atentado à dignidade da pessoa exercido de forma reiterada, potencialmente lesivo e não desejado, dirigido contra um ou mais trabalhadores, no local de trabalho ou em consequência do mesmo, constituído por toda conduta abusiva (gestos, palavras, comportamentos, atitudes..) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, podendo ainda colocar em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho. LIMA FILHO, Francisco das C. Elementos constitutivos do assédio moral nas relações laborais e a responsabilização do empregador. *In: Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul*. Campo Grande: n. 01, 2007, p. 151-204.

54 O que caracteriza o assédio sexual é o pedido de favores sexuais pelo superior hierárquico, ou sócio da empresa, com promessa de tratamento diferenciado em caso de aceitação e/ou de ameaças, ou atitudes concretas de represálias no caso de recusa, como a demissão, a perda de promoções, ou ainda outros prejuízos, como a transferência indevida, e/ou pela insistência e inoportunidade.

55 A respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais vale consultar STEINMETX, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 271-274. Para referido autor: “Se for correta a tese de que direitos fundamentais vinculam, além dos poderes públicos, também os particulares e se a CF enuncia que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (§ 1º do art. 5º), “então, e esta é a única conclusão plausível, normas de direitos fundamentais operam eficácia ou aplicabilidade imediata também entre os particulares”. Também defendendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais vale consultar UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La Eficacia de Los Derechos Fundamentales Frente a Particulares – Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1997, p. 243.

56 No RE 158.215-4/RS, a Suprema Corte admitiu a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações particulares.

de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados”.

Tomando em conta o que estabelecido na mencionada normativa internacional, no campo da relação de trabalho, discriminação é a diferenciação de tratamento, sem que haja motivos lógicos para tanto, como decorrência de algum tipo de preconceito em face de determinado atributo pessoal do trabalhador (sexo, orientação sexual, etnia, nacionalidade, etc), “que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

É claro que as hipóteses de discriminação no campo das relações laborais não estão limitadas àquelas previstas na aludida normativa internacional.

Como lembra Elaine Machado Vasconcelos⁵⁷, entre as muitas condutas discriminatórias na atividade laboral brasileira, destacam-se as seguintes:

a) os negros, os homossexuais e os portadores do vírus HIV têm acesso dificultado e muitas vezes negado nas seleções para vagas de determinados empregos;

b) os negros, as mulheres e os homossexuais são preteridos nas ascensões funcionais;

c) as mulheres sofrem assédio como instrumento de pressão no trabalho;

d) sob a alegada “responsabilidade familiar” especial da mulher, esta sofre discriminação no acesso a postos de trabalho;

e) mulheres são demitidas ou não admitidas por motivo de gravidez;

f) o pretexto da “boa aparência” tem permeado a seleção de trabalhadores “bonitos” para determinados cargos, configurando discriminação estética no trabalho;

g) a “boa aparência” também tem servido de pretexto para a exclusão de obesos, pessoas de baixa estatura, pessoas tatuadas, adornadas por *percing*, pessoas com cicatrizes, quelóides, queimaduras, feridas ou manchas, homens que usam cabelo e barbas longas, caracterizando também casos de discriminação estética;

57 MACHADO VASCONCELOS, Elaine. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Síntese, Ano 71 – nº 2 – maio a agosto – 2005, p. 94-107.

h) os portadores de deficiência física ou mental, ou ainda os portadores de certas doenças (como o diabetes), não têm tratamento especial que lhes assegure o ingresso no mercado de trabalho;

i) a utilização do direito de ação por trabalhadores, mediante ajuizamento de reclamações trabalhistas contra seus ex-empregadores, tem significado de óbice à obtenção de novas colocações no mercado de trabalho;

j) os idosos são praticamente excluídos do mercado de trabalho e compelidos a destinarem-se ao mercado informal⁵⁸;

k) certas enfermidades, como alcoolismo, mesmo assim consideradas pela medicina, não são aceitas como tais por muitos empregadores, que insistem em classificá-las como “desvio de caráter”, ensejando a demissão motivada em preterição das recomendações de suspensão do contrato de trabalho para tratamento de saúde do empregado, mesmo sendo reconhecido pela Organização Mundial de Saúde que o alcoólatra é um doente, inclusive, aqui no Brasil, pela própria previdência social.

58 A propósito da questão da discriminação do trabalhador em razão da idade, vale a pena consultar a decisão proferida pela 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no RR 462.888, julgado em 10.09.03, cuja ementa tem o seguinte conteúdo: “Recurso de Revista. Dispensa discriminatória por idade. Nulidade. Abuso de direito. Reintegração. Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do “poder potestativo”, para que as dispensas não se efetivem, sob a pecha de discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei n. 9.029/95 que trata da proibição das práticas discriminatórias foi editada em 13.4.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais de direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício desse direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunha no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontado no v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no “caput” do art. 5º da Constituição Federal!”

2.5 Discriminação dos trabalhadores portadores de doença ocupacional, vítimas de acidente do trabalho ou acometidos por doenças infecto-contagiosas.

Menção especial se deve fazer a respeito dos trabalhadores portadores de doença ocupacional, vítimas de acidente do trabalho ou acometidos por doenças infecto-contagiosas, como a SIDA/AIDS.

Em que pese o disposto no art. 118 da Lei 8.213/91 e as normas da Lei 9.029/95, os trabalhadores integrantes desses grupos têm sido vítimas de dispensas sem nenhuma justificação.

Parece evidente afirmar que em todos esses casos a ocorrência da dispensa, mesmo quando não motivada e ainda que com pagamento de verbas resilitórias, algumas vezes até mesmo com indenização do período de garantia do emprego, como no caso dos trabalhadores protegidos pela garantia constante do art. 118 da Lei 8.213/91, deve ser tida como discriminatória, e como averba respeitada doutrina⁵⁹ “com elementos de mais intensa gravidade”.

Esse tipo de dispensa, além de ser fruto do preconceito e, portanto, discriminatória, revela na prática, inaceitável abuso do poder empresarial. Portanto, deve ser anulada com a reintegração do trabalhador, inclusive para permitir o direito ao devido e adequado tratamento médico.

A dispensa do trabalhador acidentado ou doente, especialmente quando o evento tenha tido como causa o trabalho ou as condições em que este é executado, a par de revelar o preconceito do empregador, resulta no imediato desemprego do trabalhador, pois a ninguém é dado desconhecer que a pessoa que padece de algum mal encontra óbice praticamente intransponível para se inserir no mercado de trabalho. Por conseguinte, é razoável defender que a dispensa imotivada desses trabalhadores deve ser considerada discriminatória e obstativa ao constitucional e fundamental direito ao trabalho, complemento do próprio direito à vida e à igualdade da pessoa humana.

Ademais, por meio desse tipo de dispensa, se suprime do trabalhador o acesso ao tratamento médico adequado que por ventura lhe era conferido através de plano de saúde fornecido ou subsidiado pela empresa agredindo-se, por conseqüência, também, o direito fundamental à saúde, com manifesta

59 OLIVEIRA DIAS, Carlos Eduardo. *A dispensa discriminatória e os direitos fundamentais do trabalhador*. In: Alexandro da Silva et. Al. (Coord). *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 161-166..

afronta aos arts. 1º, inciso III; 3º, inciso IV; 5º; 6º; 193 e 196 da Carta de 1988, bem como às normas da Lei 9.029/95 e aos princípios albergados pelas Convenções 111 da OIT proibitiva da discriminação no campo da relação de trabalho e 155 que trata da saúde e segurança do ser humano no ambiente do trabalho, ambas incorporadas ao ordenamento jurídico nacional e, portanto, de cumprimento e aplicação obrigatória.

Nesse sentido, aliás, se encaminha a jurisprudência pretoriana.

Vale trazer à colação uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região⁶⁰, nos seguintes termos:

Ementa: Estabilidade. Portador do vírus HIV. Na relação empregatícia o empregador detém o poder potestativo quanto à dispensa dos empregados, mediante o pagamento de verbas indenizatórias previstas na legislação trabalhista. Contudo, referido poder encontra limitações nas garantias de emprego, assim como no respeito aos princípios que informam todo nosso ordenamento jurídico, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, quando a dispensa do empregado se mostra fundada em ato discriminatório.

No voto condutor do acórdão, o relator deixou assentado:

O Direito é considerado como o conjunto de normas que regem as relações sociais. Dessa forma, a AIDS, no aspecto social que envolve a doença, passa a estar intimamente ligada ao direito, na medida em que cria situações múltiplas entre o portador da doença e o mundo em que vive.

Lembrando a grande TEORIA TRIDIMENSIONAL, desenvolvida pelo Jurista MIGUEL REALE, o direito surge da conjugação de três fatores: fato, valor e norma. Ocorrido o fato, a sociedade lhe dá uma valoração e dessa nasce a norma jurídica. Assim, a norma jurídica é mais morosa que o fato social, podendo ocorrer situações em que o fato existe, a sociedade já lhe deu valoração e a norma ainda não nasceu. É o caso dos trabalhadores portadores do vírus da AIDS, frente ao direito ao trabalho previsto na Constituição Federal como de índole fundamental (artigo 6º).

Pouco se tem na legislação que possa ajudar na solução de problemas relacionados com a doença e com isso, a situação da sociedade se agrava, buscando alívio nas definições do Poder Judiciário. A Justiça Obreira tem seguidamente se manifestado no sentido de condenar atos discriminatórios, independentemente de regulamentação jurídica expressa embasadora das postulações apresentadas, mas apenas com fulcro nos princípios maiores

60 TRT 2ª Região. RO 0176.20000.007.02.6. Disponível em<<www.trt2gov.com.br>>. Acesso 23.08.07.

inculpados nos artigos 1o, inciso III, 3o, inciso IV e 5o, inciso XLI e parágrafo 1º, todos da Constituição Federal.

Não se pretende, ao condenar violentamente a discriminação negativa, provocar reação social e legal, de forma a consubstanciar a discriminação positiva ao aidético. Deve ele ter e merecer do Estado, a mesma proteção que o obreiro acometido de outras tantas graves doenças ou vítimas de atos discriminatórios de todos os tipos. Privilegiar o aidético é tão deletério quanto segregá-lo. Ser portador de moléstia fatal jamais será um benefício, mas sim, fator digno de compreensão e nunca piedade.

In casu, diversamente do decidido pela MM. Vara de Origem não se pode dizer que a empresa desconhecia ser o reclamante portador do vírus da AIDS. Embora a reclamada negue em sua defesa o conhecimento da doença do autor, o documento já acima referido, por ela própria emitido, demonstra exatamente o contrário. E mais, a despeito de ter a demandada afirmado que o reclamante é apenas portador do vírus HIV e que nunca teve qualquer anomalia ocasional manifestada em razão da imunodeficiência, também o prontuário médico ora em comento denuncia as inúmeras vezes em que o mesmo se serviu do departamento médico da empresa, buscando atendimento.

Sustenta a reclamada, em sua defesa, ter sido o reclamante dispensado em razão de “reestruturação” empresarial (fl. 132, item 46). No entanto, em evidente contradição, o preposto declarou em depoimento pessoal (fl. 418), que a dispensa do reclamante teria ocorrido “porque não mais se enquadrava no perfil da empresa; que o serviço desempenhado pelo reclamante não era mais necessário ao funcionamento da empresa; que outros funcionários continuaram a exercer essas funções e não houve critério específico para a dispensa do reclamante”.

As contradições acima narradas militam desfavoravelmente à ré. Sendo o autor portador do vírus HIV, situação essa do conhecimento da ré, se a dispensa do autor não ocorreu pelos motivos mencionados na peça contestatória e, ainda, sem qualquer critério específico, evidente a presunção da prática de ato discriminatório. É certa a relatividade de referida presunção, cabendo à demandada infirmá-la, por meio de prova robusta, o que não foi feito, mormente consideradas as declarações do preposto em audiência.

Também é certo que, na relação empregatícia, o empregador detém o poder potestativo quanto à dispensa dos empregados, mediante o pagamento de verbas indenizatórias previstas na legislação trabalhista. Contudo, referido poder encontra limitações nas garantias de emprego, assim como no respeito aos princípios que informam todo nosso ordenamento jurídico, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, inculpado no já suso mencionado artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

Por meio de seu ato, a reclamada não só violou princípios constitucionais, como também obstou o direito do autor em receber tratamento previdenciário conferido aos aidéticos pela Lei 7670/88, primeira luz a brilhar no ordenamento jurídico, em proteção aos mesmos, incidindo, assim, na hipótese preconizada pela Lei 9029/95.

No mesmo sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região⁶¹:

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA HEPATITE -C-. FALSA CAUSA PARA O DESPEDITO.DISCRIMINAÇÃO. Empregado portador do vírus HCV - hepatite C -, debilitado pela enfermidade incurável, sofrendo distúrbios colaterais que transtornaram sua fisionomia, deve ter assegurada a sua manutenção no emprego, ainda que por analogia aos artigos 1º e 4º, da Lei 9.029/95. Sua situação é similar à do portador do vírus HIV, não merecendo ser penalizado com a omissão da lei, que caminha a passos curtos. A discriminação mostra-se patente, revelando os autos a argüição, pela ré, de falsa causa para a dispensa. Recurso provido.

Também aqui foram feitas importantes considerações a respeito da garantia do direito à saúde do trabalhador e da proibição da dispensa discriminatória por motivo de doença.

Registrou o relator do acórdão:

A tese recursal de inexistência de norma legal que ampare o reclamante em sua pretensão, essa sim, deve ser descartada, pois, além das normas supracitadas, perfeitamente aplicáveis ao caso as regras gerais contidas na Lei 9029/95, a qual confere proteção aos trabalhadores contra práticas discriminatórias que impeçam a manutenção da relação de emprego.

Aplicar a um caso, não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, é que se denomina analogia, prevista no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Ensina Maria Helena Diniz² que, além da semelhança, é essencial que haja entre o caso previsto em lei e o *sub judice* a mesma razão.

Consigna, ainda, que o fundamento da analogia encontra-se na igualdade jurídica, já que o processo analógico constitui um raciocínio - baseado em razões relevantes de similitude -, fundando-se na identidade de razão, que é o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previstos, mas substancialmente semelhantes, sem contudo ter por objetivo perscrutar

61 TRT 24ª Região. Proc. 01312-2003-021-24-00-1 (RO). Disponível em <<www.trt24gov.com.br>>. Acesso 23.08.07.

o exato significado da norma, partindo, tão-só, do pressuposto de que a questão *sub judice*, apesar de não se enquadrar no dispositivo legal, deve cair sob sua égide por semelhança de razão... Daí o célebre adágio romano: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositivo*.

O artigo 1º, da Lei 9029/95 dispõe:

... fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas neste caso as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII, do art. 7º da Constituição Federal.

Entre as hipóteses previstas na lei supracitada e o caso *sub judice* há semelhança real de razão, qual seja, a coibição da prática discriminatória.

Considerar discriminatório somente atos que afrontem a cor, a raça, a idade, o sexo, nos estritos limites da Lei, e não fazê-lo em relação ao doente incurável, é o mesmo que desnudar o Judiciário do bom senso e da razoabilidade.

Embasadas no mesmo fundamento jurídico analógico (Lei 9029/95) têm sido proferidas decisões quando se trata de empregado portador do vírus HIV ou aids, as quais são ratificadas pelo TST.

Não revela investigar se a doença alojou-se no fígado, pulmão, estômago ou intestino, pois o respeito à dignidade da pessoa se sobrepõe a isso e, também, a eventual omissão legislativa (CF, art. 1º).

Ademais, o autor, portador do vírus HCV, não pode ser penalizado com a omissão da lei, que caminha a passos curtos, sempre em descompasso com as doenças dos tempos modernos, razão pela qual a aplicação analógica da norma supracitada é medida que se impõe. Por certo, os 18 quilos perdidos pelo autor em decorrência da enfermidade, com a conseqüente alteração de sua fisionomia, incomodaram os olhos e a mente capitalista da reclamada, uma vez que a função desempenhada pelo empregado - vendedor externo - poderia comprometer a imagem do produto comercializado... frangos!!! Saliente-se que a readaptação em outra função, quando necessária, é perfeitamente aplicável em casos dessa natureza.

Substituir o empregado doente, por outro saudável, que lhe garanta o lucro, é o que se pode chamar de discriminação odiosa, pois tal atitude não acarreta a mera perda do emprego mas, também, do salário, da sobrevivência, da dignidade.

Vendar os olhos a isso, é o mesmo que condenar, antecipadamente, à morte aquele que às portas do Judiciário bate a procura de um remédio.

Oportuno transcrever ínfimas linhas do texto sagrado:

- Era desprezado e abandonado pelos homens, um homem sujeito à dor, familiarizado com a enfermidade como uma pessoa de quem todos escondem o rosto; desprezado, não fazíamos caso

nenhum dele. E, no entanto, eram as nossas enfermidades que ele levava sobre, as nossas dores que ele carregava (Isaías 53, 3-4).- Por todo o disposto, reconhece-se maculada de vício a dispensa do empregado, sendo a mesma nula de pleno direito (CLT, art. 9º).

Dou provimento ao recurso para, na forma do artigo 4º, da Lei 9029/95, determinar a readmissão, com a devida anotação da CTPS e, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais.

Conheço do recurso e das contra-razões e, no mérito, dou-lhe provimento, para determinar a readmissão, com a devida anotação da CTPS e, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais.

O Tribunal Superior do Trabalho igualmente já teve oportunidade de enfrentar a questão da dispensa discriminatória do trabalhador em razão de doença, como se pode ver do seguinte julgado⁶²:

REINTEGRAÇÃO – EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõe-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. Afrenta aos artigos 1º, III, 5º, *caput* e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que concluiu pela reintegração do Reclamante no emprego. Embargos de que não conhece.

Como se vê, a preocupação com a coibição das dispensas discriminatórias do trabalhador por razões de enfermidade, começa a ganhar relevo também na jurisprudência da Justiça do Trabalho que despertou para a gravidade do problema.

2.6 Formas de discriminação

É claro que ao lado das práticas discriminatórias dos trabalhadores

62 TST-ERR-439.041/95.5 – Ac. SBDI-1. *tr.* DJU, 05.05.2003.

doentes pelos empregadores, existem outras que costumam ser impostas pelos próprios colegas de trabalho, como aquelas ligadas à orientação sexual⁶³, à raça, à cor, à origem, etc., que dão margem, inclusive, à violência do assédio moral.

Esses comportamentos, ainda quando impostos por colegas devem importar em responsabilização concorrente do empregador, aparecendo aí a discriminação indireta deste, na medida em que é ele quem tem o dever de zelar para que o ambiente de trabalho seja seguro, saudável e disciplinado⁶⁴, inclusive no âmbito do Poder Público que também costuma discriminar para certas funções às vezes até mesmo em razão da cor⁶⁵.

Há, portanto, duas formas de discriminação: a discriminação direta e a indireta. Há *discriminação direta* quando uma pessoa é tratada de maneira menos favorável que outra em situação análoga por razão de origem racial ou étnica, religião ou convicções, incapacidade, idade, sexo ou orientação sexual, enquanto a *discriminação indireta* ocorre quando uma disposição legal regulamentar, uma cláusula contratual ou convencional, um ponto individual ou uma decisão unilateral, aparentemente neutra, pode ocasionar uma desvantagem particular a uma pessoa a respeito de outras, por razão de origem racial ou étnica, religião, convicções, incapacidade, idade, sexo ou orientação sexual, sempre que objetivamente não respondam a uma finalidade legítima e que os meios para a consecução desta finalidade não sejam adequados e necessários.

De acordo com o entendimento doutrinário, dentro do princípio da igualdade e da não discriminação devem-se distinguir duas grandes regras:

a) a primeira, *é um mandato de igualdade* que se coloca, sobretudo, ante a lei que tem como destinatário principal, se não exclusivo, os poderes públicos, em suas distintas manifestações legislativa, judicial e executiva. Para se constatar esse fato, basta se vê o que se encontra previsto no inciso I do art. 37 da Constituição brasileira consagrando a igualdade no acesso a funções e cargos públicos;

b) a segunda regra consiste na *proibição de discriminações que*

63 A discriminação fundada na opção sexual costuma ser praticada de modo camuflado, subreptício e indireto. Isso, evidentemente, torna a sua prova em juízo muito difícil, e por essa razão, muitas vezes passa ao largo das normas de proteção do trabalhador.

64 Art. 157 da CLT e Convenção 155/OIT.

65 Vide a título de exemplo, a notícia veiculada pelo Jornal do Brasil, edição de 21.03.02 informando que o Ministério Público do Rio de Janeiro instaurou inquérito para apurar denúncias de racismo no Exército.

tem uma projeção mais ampla sob a perspectiva de seus destinatários, na medida em que também afeta os sujeitos privados e as organizações sociais, porém limitando seus efeitos a determinados fatores ou circunstâncias, especificamente aqueles que têm maiores possibilidades de causar diferenças de tratamento e que ao mesmo tempo, e por isso, são dignos de maior tutela. Esses fatores são aqueles ligados ao nascimento, à raça, ao sexo, à religião, à opinião, embora sua relação seja aberta.

Quanto ao âmbito de aplicação, as normas internas, bem como as de natureza internacional sobre a proibição da discriminação no ambiente laboral, têm incidência tanto no momento da contratação ou do acesso ao emprego, aí compreendida na expressão acesso ao emprego, no sentido da busca do emprego, acesso a programas de formação e capacitação profissional, acesso a entrevistas ou atividades de seleção, etc., bem como no curso da própria relação de trabalho ou emprego (condições de emprego e trabalho, designação para funções, possibilidades de promoções, extinção da relação laboral, entre outras) e sua incidência se dá tanto no emprego privado como no público afetando, por conseguinte, a todos os sujeitos e instâncias que se encontram presentes nas relações de trabalho, como a Administração Pública, inclusive quando contrata através de interposta pessoa mediante a forma de terceirização, prática bastante usual do Brasil, organizações sindicais, escritórios ou empresas de contratação de mão-de-obra, etc., que na prática se projetam sobre a ação institucional, normativa ou organizativa de todos esses sujeitos.

Assim, o destinatário principal no contexto da relação laboral do princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação é o empresário ou empregador, pois é ele que, titularizando o poder de direção empresarial e como consequência, o poder disciplinar, toma a maioria das decisões com possibilidade de afetar quem trabalha e inclusive aquele que busca o próprio emprego ou trabalho, justificando, por conseguinte, a preocupação do legislador em garantir a aplicação da proibição do tratamento discriminatório relativamente a determinadas condições de emprego.

É evidente, todavia, que o princípio da igualdade e da não discriminação não é absoluto e isso a própria Convenção 111/OIT deixa claro⁶⁶. Por conseguinte, não impõe ao empresário ou empregador uma obrigação de igualdade absoluta no tratamento, mas apenas impede que

66 De acordo com o art. 2 da Convenção 111/OIT, “As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação”.

se dispense a pessoa nas mesmas condições, tratamento diferente devido a fatores como a raça, a cor da pele, o sexo ou orientação sexual, religião, convicções ideológicas, etc., bem como aqueles que possam trazer para o trabalhador situações vexatórias ou causar lesão de direitos, admitindo, entretanto, que o tratamento diferenciado se sustente em motivos razoáveis e justificados, como no exercício das faculdades empresariais de organização e direção do trabalho ou das necessidades de gestão ou organização da empresa.

De acordo com a doutrina espanhola⁶⁷:

El juicio constitucional de igualdad no ha tenido así una consecuencia <<desestabilizadora>> en nuestro Derecho del Trabajo. Como limite al legislador, la igualdad ha operado solo para evitar desigualdades irrazonables no justificadas objetivamente, e se ha limitado a exigencia de no diferenciar sin razón suficiente entre situaciones de hecho equiparables. Que esta autorestricción del órgano de justicia constitucional esté fundada posiblemente en estimar que un juicio más incisivo de la igualdad, que incorpora la proporcionalidad y la valoración del fin perseguido por la norma diferenciadora, supondría el riesgo de sustituir las valoraciones e interpretaciones del legislador por las propias del órgano de justicia constitucional. Este es el probable fundamento de la concepción minimalista del principio de igualdad, que ha dado lugar a una moderación y automitación de nuestro órgano de justicia constitucional, y que es la característica más destacada del <<modelo español de igualdad>>. Sin embargo, ese modelo no es huérfano de críticas también en el Derecho del Trabajo, donde además no ha operado ni en todos los aspectos de la igualdad ni respecto a otros destinatarios de la igualdad distintos al legislador.

Assim, quando a desigualdade provém de uma justificação objetiva e razoável, não constitui discriminação. A existência da justificação suficiente deve ser apreciada tomando-se como parâmetro o princípio da proporcionalidade, ou seja, deve-se levar em conta a finalidade e os efeitos da medida considerada devendo ser tida como legítima quando existe uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida.

Nessa perspectiva, o princípio da igualdade no âmbito da relação ou contrato de trabalho, nos termos da jurisprudência acima citada, tem um alcance bastante mitigado, pois impede abusos do empresário e sua posição,

67 RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. *La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional*. In: Revista Relaciones Laborales. Madrid: Número 22, Año 14, nov./2003, p. 5.

porém exclui apenas a desigualdade de tratamento “especialmente perversa”, por ser expressão de uma liberdade caprichosa e inexplicável, dado o seu “caráter irracional e aberrante” (Martinez Rocamora), na linha de valoração ética que rechaça o “insuportavelmente injusto” (García Figueroa)⁶⁸.

3. Conciliação entre os direitos fundamentais laborais e os poderes de direção empresarial

Quanto à questão da conciliação dos direitos fundamentais com os poderes empresariais deve-se registrar a existência de uma eficácia horizontal permitindo que haja a colisão entre normas de direitos fundamentais e aquelas que garantem os poderes empresariais. Nesta hipótese, o conflito é resolvido de acordo com princípio da proporcionalidade através do qual o julgador deve fazer uma ponderação entre os eventuais direitos em jogo⁶⁹.

Todavia, vale anotar que, quanto às relações privadas, não existe colisão verdadeira com os direitos fundamentais, na medida em que eventuais conflitos devem ser resolvidos de acordo com as regras da autonomia privada através de uma mediação tomando-se em conta o conteúdo e os limites dos direitos em jogo: leva-se em consideração o princípio da concordância prática, em que a delimitação dos conteúdos constitucionalmente reconhecidos deve ser sopesada em cada caso concreto.

Para colocar em prática esses princípios há necessidade de se garantir o sistema de direitos através do labor hermenêutico dos Tribunais, especialmente do Tribunal Constitucional. Por conseguinte, é necessário criar mecanismos de facilitação do acesso à justiça com a introdução de regras processuais que aumentem os poderes do juiz, nomeadamente quanto à prova dando-se, em consequência, maior efetividade às normas do processo.

Cabe lembrar, por oportuno, que aos juízes e aos Tribunais que integram o Poder Judiciário está reservada uma função e ao mesmo tempo, um dever essencial de assegurar por força de suas decisões, os direitos e as liberdades dos cidadãos. Por conseguinte, parece óbvio afirmar que a proteção jurisdicional que deve ser dispensada pelos órgãos jurisdicionais

68 RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. *Ob. cit.*, p. 10.

69 BARROS DE TOLEDO, Susana. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 167. Por todos, vale consultar a respeito do significado do princípio da proporcionalidade PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad e los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

ordinários não esgota o sistema de garantias dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos ou em outros diplomas, inclusive aqueles de produção internacional. Na verdade, esse dever decorre do próprio princípio do Estado Democrático de Direito e está presente desde o preciso momento que nasce a lei que regula esses direitos fazendo parte da obrigação de respeitar o núcleo essencial da própria Constituição. Tanto assim, que protegidos até mesmo contra o querer democrático, na medida em que se encontra vedada qualquer tipo de alteração ou emenda constitucional tendente a abolir os direitos fundamentais⁷⁰.

Acertada, pois, a observação de Faustino Cavas Martínez⁷¹ de que a pedra angular da proteção dos direitos fundamentais é o controle judicial, pois somente quando o direito pode ser alegado por seu titular ante um Tribunal de Justiça instando sua restauração ou preservação (quando violado ou danificado), é possível se falar realmente e em sentido integral de proteção. “No cabe, en definitiva, reconocimiento efectivo de um derecho subjetivo, fundamental o de outra naturaleza, si no se prevé paralelamente una acción procesal encaminada a hacerlo valer”⁷².

Lembra, a propósito, Carmem Sáez Laram que ⁷³:

El derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental, protege, antes que nada, <<a los individuos frente al poder>>. Hay que tener presente, como ha destacado nuestro Tribunal Constitucional (TC, en adelante), que <<es la falta de poder de cada individuo para imponer sus derechos e intereses – consecuencia necesaria del deber de respeto a los demás y de la paz social a que se refiere el art. 10.1 CE – la que dota al derecho a la tutela judicial efectiva de su carácter materialmente esencial o fundamental, en tanto necesario para la realización de los derechos e intereses de los particulares>>.

Éste es un derecho relacionado con la dignidad humana que pertenece a la persona en cuanto tal y como ciudadano. Por ello, como as sabe, el derecho a la tutela judicial corresponde por igual al español e al extranjero, siendo irrelevante la legalidad o ilegalidad de la situación del extranjero⁷⁴.

70 Pelo menos de acordo com o ordenamento constitucional brasileiro (art. 60, inciso IV, § 4º, da Constituição brasileira, de 1988).

71 CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. **El Proceso Laboral de Tutela de la Libertad Sindical y demás Derechos Fundamentales**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004, p. 21.

72 CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. **Ob. cit.**, p. 22.

73 SÁEZ LARA, Carmen. **La tutela judicial efectiva y el proceso laboral**. Madrid: Civitas, 2004, p. 25-26.

74 O que no ordenamento constitucional brasileiro também ocorre, como se pode ver do disposto no art. 5º, inciso XXXV, do Texto de 1988, ao assegurar o direito de acesso ao Judiciário aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil.

Na verdade, os direitos fundamentais laborais somente poderão torna-se efetivos com a consolidação de um sistema de emprego que garanta no campo prático trabalho digno à maioria dos cidadãos, o que o Direito não tem a aptidão de conseguir, máxime porque o sistema de consolidação dos direitos fundamentais laborais encontra-se inexoravelmente ligado ao trabalho estável e a prestação ou medidas de proteção contra o desemprego, cuja realização depende não apenas da edição de normas, mas, principalmente, de uma política econômica que seja capaz de gerar trabalho e riqueza para todos ou pelo menos para a maior parte dos trabalhadores, o que, aliás, é recomendado pelo art. 3º da Carta da República.

4. Considerações finais

A boa-fé e os direitos fundamentais laborais funcionam como balizas ao poder de direção empresarial impedindo que a dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana seja afetada.

Nesse contexto, os direitos fundamentais laborais são aqueles direitos que têm a capacidade e a aptidão de atribuir a todos os trabalhadores direitos inerentes à dignidade humana porque dotados de uma característica especial: são atribuíveis a todos os trabalhadores de forma igual e, por conseguinte, indisponíveis sendo reconhecidos em normas supra ordenadas, enquanto a boa-fé como princípio geral, impregna todo o ordenamento jurídico, inclusive o laboral servindo de baliza aos poderes de direção empresarial.

Desse modo, embora reconhecidos e legitimados, inclusive constitucionalmente, os poderes empresariais encontram o seu limite no princípio da boa-fé e no respeito devido aos direitos fundamentais do trabalhador enquanto pessoa humana e cidadão.

Entretanto, a garantia concreta e efetiva dos direitos fundamentais do trabalhador, especialmente o mais importante de todos eles, qual seja, o direito ao trabalho, somente se tornará concreta, com a implementação de políticas públicas de investimentos no setor produtivo da economia e na educação.

Como assevera Antonio Baylos Grau, trabalhar, e trabalhar dignamente, “é a condição de exercício de importantes prerrogativas de cidadania e a privação dessa qualidade, de maneira incorreta ou injustificada, não só implica a vulneração do direito ao trabalho, mas a dificuldade de exercício

de outros direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente”⁷⁵

Sem que se respeite a dignidade do trabalhador como pessoa humana e o trabalho como valor social, sem que se garanta a aquele o principal direito que é o direito a um trabalho decente que possa lhe proporcionar meios para viver com dignidade juntamente com aqueles que dele dependem, nenhum outro direito lhe poderá verdadeiramente ser assegurado.

O direito ao trabalho é, pois, o primeiro e o principal direito fundamental do trabalhador que deve ser levado em conta quando se trata de limitações aos poderes de direção empresarial de modo a impedir demissões em massa, discriminatórias, em razão de doenças, a violência do assédio e outras violências que ocorrem no ambiente laboral, pois sem trabalho certamente nenhum outro direito poderá válida e concretamente ser afirmado no campo da realidade da vida. Sem trabalho, como disse o saudoso poeta e compositor Gonzaginha, “o homem não tem honra”. Por conseguinte, não tem dignidade, e sem honra e sem dignidade, “não se vive: se morre”.

75 BAYLOS Grau, Antonio. **Ob. cit.**, p. 31.

A EDUCAÇÃO COMO “DIREITO DO HOMEM”

Helder Baruffi

Professor Associado e Diretor da Faculdade de Direito
da UFGD. Advogado. Mestre em Direito pela PUC/SP e
Doutor em Educação pela USP.

Sumário: 1. Introdução; 2. Situando a questão: educação e mediação; 3 A educação como um “direito do homem”; 4. Dimensão fundamental; 5. Conclusão.

1. Introdução

Este trabalho se inscreve numa investigação mais ampla desenvolvida no grupo de pesquisa Direito e Sociedade, a qual se foca fundamentalmente no estudo das diferentes manifestações da sociedade e do direito e suas interfaces, neste caso particular, com a educação.

O estudo procura destacar a educação como um “direito do homem”, tendo por suposto que a positivação dos direitos humanos nas Constituições representa, sem dúvida, uma das grandes contribuições da modernidade. Representa, também, a consciência de que todos os homens são sujeitos de direitos e, portanto, credores de condições mínimas de existência capazes de assegurar a sua dignidade. Registra a garantia de liberdade, consciência, participação, autonomia.

A positivação dos direitos do homem foi considerada necessária para permitir uma interpretação consentânea com os respectivos momentos históricos e promover sua plena realização. Flávia Piovesan,¹ com fundamento em Norberto Bobbio² e Hannah Arendt,³ destaca que, enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas. São um construído, uma invenção humana. Abrem espaços de luta pela dignidade humana. São emancipatórios.

1 **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

2 **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

3 **As origens do totalitarismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Porém, participar e usufruir desses direitos requer (a) a consciência destes direitos e (b) a garantia de participação naquilo que a sociedade produz. Em outros termos, é ter direito aos direitos reconhecidos pela sociedade. Como direito relacionado à “dignidade da pessoa humana” e à liberdade, a educação é direito social que visa ao pleno desenvolvimento humano.

2. Situando a questão: educação e mediação

Para a ciência da história não há nenhuma pedagogia à parte da própria materialidade, ou seja, do particular movimento histórico dos homens. É nesse movimento histórico de produção do existir que se torna possível a compreensão do homem como um ser de relações, que resultam da identificação do homem com a natureza que transforma, com o que produz e como produz.⁴

As relações que se estabelecem no interior da sociedade dão o sentido e a necessária dimensão dessa dinâmica, bem como expressam a natureza mesma dessas concepções, além de situar cada indivíduo no contexto de “um terceiro antagonista, que é o mundo objetivo, histórico e social”.⁵

Como atividade própria da natureza humana, a educação compõe uma totalidade do modo de produção da existência e das relações interpessoais. Historicamente determinados, suas especificidades são apreendidas no contexto dessas relações. Produzida socialmente, a educação resulta em ações complexas, muitas vezes contraditórias e nem sempre apreendidas no cotidiano das práticas sociais.

Neste sentido, a educação está presente na totalidade concreta na qual se situa o indivíduo, agente histórico. Constitui-se elemento dessa totalidade e, como tal, expressa a produção humana, conservando o caráter dialético dos fenômenos existentes na estrutura social. Gera novas e constantes exigências, que, captadas, antecipam um modo de ser futuro, determinando tarefas para o presente, não apenas como questão política, mas como questão ética.

A educação reclama pensar a natureza contraditória da subjetividade humana e seu movimento de superação das mediações históricas e sociais, tarefa nem sempre fácil, na medida em que os modelos sobre os quais

4 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia Alemã**. 2. ed. São Paulo: Ed. Ciências Humanas, 1979, p. 27-28.

5 SUCHODOLSKI, Bogdan. **Teoria Marxista da educação**. Lisboa: Editorial Estampa, 1976, p. 18.

a educação se apoia, acabam caindo, muitas vezes, na explicação simplista daquilo que é possível perceber no interior do processo produtivo.

É certo que, no limite das primeiras aprendizagens, o processo de interiorização, ou socialização,⁶ desenvolve-se com maior intensidade. A criança que aprende a ler vai fazer parte da sociedade e conviver de modo diferente daquele que não aprende a ler, assim como aquela que ingressa prematuramente no mercado produtivo vai fazer parte da sociedade e conviver de modo diferente daquela outra cujo ingresso se dá após um longo processo mediado pela família e pela escola.

Independentemente da tomada de consciência, o ingresso na sociedade se dá mediado e os resultados das mediações constituirão as bases para a participação naquilo que a sociedade produz. Constituirão o ritmo e a dinâmica de realizações pessoal e profissional.

Essas mediações se particularizam, também, na própria fala dos atores sociais, ao atribuírem um sentido à prática. Dentro do modo de produção capitalista, a educação assume importância por responder diretamente pela preparação para o mundo do trabalho.

Especificamente no Brasil, a consolidação do modo de produção capitalista é visto sob a ótica da reprodução. Em consequência, consolidam-se vínculos que relacionam a educação ao trabalho reduzido a coisa, a objeto, com o privilégio da educação voltada para o trabalho, da concepção de trabalho simplificado na atividade produtiva formalmente organizada, em trabalho concebido como profissão. O saber torna-se técnico e instrumental.

Embora o modo de produção encontre meios próprios de distribuição do conhecimento, a instituição escola constitui-se um instrumento sistemático e formal de transmissão do conhecimento, que, voltada para o fornecimento de algumas habilidades básicas para o trabalho, responde de forma positiva, aos apelos do capital. A estrutura burocrática, a estrutura curricular, a precária formação docente e suas políticas salariais, bem como as políticas de educação constituem, dentre outros, em elementos de legitimação.

Também a capacidade humana de elaborar e produzir o conhecimento tem sido desenvolvida em função de interesses específicos. Tanto a sua produção quanto a sua distribuição tendem a se concentrar mais na parcela que se destaca na sociedade. Esse conhecimento, negado à maioria da

6 No sentido atribuído por Berger e Luckmann. **Construção Social da Realidade**. Petrópolis: Vozes, 2006.

população, contribui para justificar desigualdades. Fundamentalmente, reproduzir o modo de produção dominante. Modelos e paradigmas explicativos da realidade constituem-se esforços de vincular o indivíduo a um modo de existir hegemônico, o que pressupõe uma estrutura complexa de manutenção dessa realidade só possível pelo papel mediador de instituições sociais na busca de consenso. O consentimento é “arrancado por todos os meios, pela violência e pela persuasão.”⁷

Na perspectiva do desenvolvimento econômico-social, cabe à educação uma participação efetiva, cujo conhecimento imediato é dado pela apreensão microfísica do poder institucionalizado, como tem destacado Foucault.⁸ Assim, não faz sentido análises que privilegiem fragmentos dessa realidade. Entretanto, ocorre que nem sempre essas concepções têm sido enfocadas segundo uma visão geralmente voltada para o questionamento de suas raízes, para a compreensão da questão na sua totalidade, o que revela a atualidade do tema e a necessidade de constantes estudos.

Os diferentes enfoques sobre a questão, o que remete para a questão das bases teóricas que fundamentam tais trabalhos, têm conduzido os educadores a privilegiarem certos pontos de vista considerados tradicionais e superados em vista de uma série de mudanças que se processam na sociedade, cujos argumentos não encontram mais suporte nas análises econômico-políticas e sociais.

O debate sobre a educação remete à questão para a concepção sujeito-objeto como forma de produção e apropriação do conhecimento e forma de produção e apropriação do trabalho, que não se esgota com o estabelecimento de determinadas ações, mas representa o embate das forças econômico-políticas. Forças essas que buscam se consolidar hegemonicamente.

É certo que na apreensão da realidade não estão em jogo apenas os conceitos, as representações, mas também o arcabouço teórico - de um lado o do analista crítico e de outro, o quadro em que este se processa - sobre o qual são produzidas as reflexões.

Por isso, pensar a educação implica pensar a natureza contraditória da subjetividade humana e seu movimento de superação das mediações históricas e sociais. Implica ver a conexão do homem com o processo real que determina sua produção; implica a dialética como processo e movimento

7 LEFEBVRE, Henri. **A reprodução das relações sociais de produção**. Porto: Publicações Escorpião, 1973, p. 71.

8 FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 5.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

de reflexão do próprio real e não apenas o conhecimento e interpretação; a transformação da própria história.

O desenvolvimento do conceito de educação não foge à ação da História. Ao contrário, é resultado desta. Não obstante as posturas diferentes que o debate sobre a questão da educação suscita, dos riscos que se pode correr da não-apreensão de todos os elementos que compõem o processo, fruto dos cortes, embora necessários, para a abordagem do tema, busca-se fazer uma leitura da educação como um princípio fundamental, como um “direito do homem”, historicamente construído.

3. A educação como um “direito do homem”

A educação tem como base a dignidade da pessoa humana, “direito fundamental integrante da categoria de direitos negativos ou de defesa, também denominados direitos individuais ou de liberdade”.⁹

O direito à educação surge no final do século XIX e início do século XX na Europa. No Brasil, o ensino fundamental é tido como um direito reconhecido em 1934 e como um direito público subjetivo a partir de 1988.

Os direitos fundamentais, assim como o direito à educação estão previstos em uma centena de dispositivos, capitaneados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU e insertos no ordenamento jurídico interno. Nesse sentido, a Declaração de 1948 “confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;”¹⁰ e ainda, “representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: essa prova é o consenso geral acerca da sua validade.”¹¹

Nesse mesmo direcionamento, sintetiza Norberto Bobbio “A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela univesalidade abstrata dos direitos naturais, tranfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais”.¹²

9 DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 114.

10 PIOVESAN, Flávia. Op. Cit., p. 13.

11 BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 26.

12 Ibidem, p. 30.

Em relação à educação, destaca-se os seguintes dispositivos legais: Declaração Universal dos Direitos Humanos - 10 de dezembro de 1948 – art. 26; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – Bogotá Resolução X+, Ata Final abril de 1948; Declaração Universal dos Direitos da Criança - 20 de novembro de 1959; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992; Convenção Americana sobre os Direitos Humanos - 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 (Pacto de San Jose da Costa Rica); Convenção sobre os Direitos da Criança – 20 de setembro de 1990; Constituição Federal de 1988; Estatuto da Criança e do Adolescente- Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990 ; LDB - Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996.

Outros documentos que registram a educação como um direito fundamental: a Declaração Mundial sobre a Educação para Todos: Artigo 1. Satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem (Jomtien, Tailândia, 1990); a Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial Sobre os Direitos do Homem: parágrafo 33 da primeira parte e parágrafo 80 da segunda parte (Viena, Áustria, 1993); parágrafo 2 do Plano de Ação para a Década das Nações Unidas para a Educação no Domínio dos Direitos do Homem (1995-2004).

É inegável que o direito à educação caminhe em direção à diminuição das desigualdades sociais e da discriminação, especialmente das classes social e economicamente menos privilegiadas. Entretanto, para que isso aconteça é necessária uma opção política dos estados em conceder um caráter prioritário ao desenvolvimento da educação para todas as pessoas, considerando seu caráter de universalidade. E mais, é preciso um comprometimento com o seu pleno desenvolvimento, ou seja “o enfoque baseado em direitos humanos também ajuda a identificar a fonte e os(as) responsáveis institucionais ou privados(as) pelas violações, bem como a possibilidade de obter uma reparação quando o direito é violado”.¹³ É o direito a ter direitos, como relembra Hannah Arendt.¹⁴

Uma educação de qualidade é direito fundamental do cidadão, porque capaz de permitir a defesa de direitos. No dizer de Nyerere¹⁵ “Um

13 HADDAD, Sérgio. Educação. Disponível em: < <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Educa%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em setembro de 2007.

14 ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2000; **A condição humana**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

15 NYERERE, Julius K. *Man and Development* (Speech to Diplomats, 1, January 1968, Nairobi), New York: Oxford University Press, 1974, p.3. Apud MARTIN, Paul. Releitura do

homem pode defender seus direitos com eficácia apenas ao compreender o que significam e ao descobrir como utilizar a máquina constitucional para defender tais direitos – tal conhecimento faz parte do desenvolvimento.”

4. Dimensão fundamental

No contexto dos direitos do homem, a educação assume uma dimensão basilar de construção da cidadania. É um direito às aprendizagens indispensáveis ao desenvolvimento de todas as dimensões da personalidade humana, desde a sua dimensão física à sua dimensão estética, nos interesses individual e social.

O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra o fim primeiro do direito à educação “o pleno desenvolvimento da personalidade humana”

Artigo 26

I) Todo o homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

II) A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

III) Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Evidente os princípios norteadores da Carta da ONU. A educação apresenta-se como um importante instrumento de realização do humano. Não apenas a educação escolar ou, como dito no inciso I, a instrução, compreendida como a apreensão de referenciais para o ofício, porém a educação no seu sentido amplo, que implica a educação escolar, mas que não se reduz a ela, porque o processo educativo envolve todos os aspectos da vida e se realiza e se completa na trajetória de cada indivíduo.

Os processos educativos permeiam a vida das pessoas e os sistemas

Desenvolvimento e dos Direitos: Lições da África. **Revista Internacional de Direitos Humanos.** Rede Universitária de Direitos Humanos – SUR. Ano 3, Número 4. 2006. p. 91. Disponível em: < <http://www.surjournal.org/index4.php>>. Acesso em novembro de 2007.

escolares são partes deste processo, em que aprendizagens básicas são desenvolvidas. Por meio desses processos, conhecimentos essenciais são partilhados, normas, comportamentos e habilidades são construídos. Nas sociedades modernas, o conhecimento escolar é quase uma condição para sobrevivência.

Mas não é qualquer educação, e sim uma educação de qualidade, fundada nos princípios da liberdade e da solidariedade humana como se observa na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – 1948: “Artigo XII - Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios da liberdade, moralidade e solidariedade humana.”

Destaca-se, do dispositivo legal, o princípio da universalidade. A educação não pode ser um instrumento de exclusão, mas direito de todos e um direito a que, por meio dessa educação, seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade.

O direito à educação compreende o direito de igualdade de oportunidades em todos os casos, mas antes de tudo, compreende a capacidade de diminuir as desigualdades sociais e a discriminação, especialmente das classes social e economicamente menos privilegiadas.

A idéia de universalidade também é observada na Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959:

Princípio VII

A criança tem direito a receber educação escolar, a qual será gratuita e obrigatória, ao menos nas etapas elementares. Dar-se-á à criança uma educação que favoreça sua cultura geral e lhe permita - em condições de igualdade de oportunidades - desenvolver suas aptidões e sua individualidade, seu senso de responsabilidade social e moral. Chegando a ser um membro útil à sociedade.

O interesse superior da criança deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais.

A criança deve desfrutar plenamente de jogos e brincadeiras os quais deverão estar dirigidos para educação; a sociedade e as autoridades públicas se esforçarão para promover o exercício deste direito.

O princípio da proteção integral perpassa pela educação enquanto instrumento de realização do humano, particularmente na construção de oportunidades aos que estão em pleno desenvolvimento físico e mental. Para

efetivar essas propostas, é necessário que a educação seja transformadora. Somente uma educação que privilegie o sujeito, enquanto construtor da própria história, poderá ser transformadora.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966, também reconhece a importância da educação no desenvolvimento da pessoa humana, como pode ser visualizado no art. 13, *verbis*:

Art. 13

1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.

b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

c) A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária.

e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

3. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

4. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitadas os princípios enunciados no § 1º do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo estado.

O reconhecimento da Educação como uma garantia é observada, também, na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Entretanto, nenhum direito é efetivamente garantido sem que haja um investimento efetivo dos Estados na garantia da melhoria das condições de realização da cidadania, isto é, sem melhorias econômicas e sociais e investimentos em educação. Nesse sentido, no capítulo sobre Direitos Econômicos e Sociais, a Convenção Americana prescreve:

Art. 26 - Desenvolvimento progressivo

Os estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

O Direito à educação, enquanto direito fundamental é um direito de todos. Entretanto, é necessário destacar algumas prioridades, a saber: a criança – ser-educando por excelência; as meninas – pelas discriminações que continuam vítimas e pela repercussão que a educação das mães tem nos filhos e na sociedade em geral e, das pessoas iletradas, diminuídas na capacidade de “ser gente”, como observado por Paulo Freire.¹⁶

Tendo assim, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de setembro de 1990, centra o foco na universalidade da educação, como se observa do art. 28, *verbis*:

Artigo 28

1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

- *tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos;*

16 FREIRE, Paulo. **Educação como prática de liberdade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

- *estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;*
- *tornar o ensino superior acessível a todos, com base na capacidade e por todos os meios adequados;*
- *tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;*
- *adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.*

Na esteira de positivação dos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988, indica a educação como um direito tipicamente social (art. 6º) e, nessa ótica, apresenta-o com titularidade universal (direito de todos), atribuindo ao Estado e à família o seu cumprimento (um dever social fundamental), como pode ser observado nos artigos 205 e 206, *verbis*:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
 - II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
 - III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
 - IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- [...]

Impulsionada pelos princípios constitucionais e pelo conjunto de normas legais que destacam a educação como direito fundamental, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional LDB - Lei nº 9394 de 20 de dezembro de 1996 reconhece a educação como um processo socializador que ocorre na convivência humana, seja na família, no trabalho, nas instituições formais de ensino, na sociedade organizada ou nas manifestações culturais. Observa-se a perspectiva universalista da educação. A finalidade última é o pleno desenvolvimento do educando enquanto exercício da cidadania.

Art. 1º. A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 3º. O ensino será ministrado com base nos princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas; IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;

[...]

O Direito à Educação conduz, de maneira específica, ao dever de educar. Em que pese ser este, na atual conjuntura político-social brasileira, um dever do Estado, é, ainda e também, um dever da sociedade e de cada indivíduo, o que permite a intervenção do próprio Estado na garantia deste direito individual através das medidas judiciais.

No Brasil, “a incolumidade do ser humano ainda é uma esperança” destaca Bulos.¹⁷ Via de regra, um preceito legal deve ser observado voluntariamente, partindo-se do pressuposto de que a lei é criada por e para seus próprios destinatários, que, portanto, são os maiores interessados na sua efetivação.

O art. 4º da LDB estatui o dever do Estado e o princípio garantista deste direito:

Art. 4º. O dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação

17 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1281.

artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola;

VIII - atendimento ao educando, no ensino fundamental público, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;

IX - padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.

O acesso ao ensino é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo (art. 5º).

O art. 58 da LDB disciplina e conceitua a educação especial, dever constitucional, como a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino aos portadores de necessidades especiais, visando à sua efetiva integração na vida em sociedade, e acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.

O espaço escolar, onde convivem professores, alunos e pais, também desempenha um papel importante na identificação e no encaminhamento para o sistema de garantia de direitos das crianças vítimas da exploração de seu trabalho ou em outras situações de vulnerabilidade.

A realização do princípio constitucional do direito à educação perpassa pelo acesso e permanência do educando às instituições formais de ensino.

Nesse sentido, os números da educação no Brasil sinalizam avanço. Dados mostram que 95,4% das crianças entre 7 e 14 anos estão matriculadas na escola, mas ainda há 1,8 milhão de crianças que permanecem fora da escola. Apenas 59% das crianças que iniciam o Ensino Fundamental (1º a 9º anos) completam os 9 anos de estudo e apenas 27,3% dos adolescentes de 14 anos cursam a série que corresponde à sua idade.¹⁸

Observa-se uma redução no número de matrículas no ensino

18 Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil/>>. Acesso: 25 de março de 2007

formal, exceto na educação de jovens e adultos e na educação profissional, representando, em parte, a diminuição do ritmo de crescimento populacional do país.

Para uma Educação de qualidade é necessária uma ação educativa eficiente e capaz de transformação. A educação tem que ser uma prática de liberdade, como expresso por Paulo Freire. Bons professores, bem remunerados, investimento em infra-estrutura, bibliotecas, atividades criativas, formação continuada de professores, avaliações periódicas.

A garantia do Direito à educação requer a consciência de humanidade a que estamos submetidos e práticas cotidianas de reconhecimento dos direitos humanos como direitos a serem sempre e cotidianamente reconstruídos nas práticas sociais, em particular, na educação.

5. Conclusão

Considerando-se a historicidade dos direitos, importa destacar a necessidade, também, de construção de uma pedagogia da participação, na perspectiva do direito a ter direitos.

Dessa forma, pensar o direito à educação é pensar a qualificação dos próprios agentes educadores, tanto instituições – ONG's, Igreja, governos, escolas, partidos políticos, sindicatos, movimentos sociais etc. – quanto pessoas.

Essa educação deve englobar os direitos da liberdade (proclamados pelas revoluções burguesas do século XVIII), os direitos da igualdade (exigidos pelas conquistas sociais do século XIX), e o direito da solidariedade (reconhecidos no século XX após a Segunda Guerra), compreendidos como o direito à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação, ao ambiente natural ecologicamente equilibrado.

Uma educação de qualidade deve considerar a interdisciplinaridade, entendida como uma formação abrangente; a compreensão da íntima relação entre educação e formas de participação no trabalho da escola: colaboração, respeito, pluralismo, responsabilidade, prestação de contas; a constatação de presença ou de ausência, de defesa ou de violação de quaisquer direitos no cotidiano escolar; ter como referencial básico: a realidade social econômica, política e cultural do meio; e a compreensão efetiva sobre a integralidade e a indivisibilidade dos direitos fundamentais, seu contexto histórico, seu caráter público e reclamável.

Portanto, pensar o direito fundamental à educação é ter como premissas reconhecer o cidadão como membro de grupos e classes sociais diferenciados, eventualmente em conflito e reconhecer que o cidadão é sujeito de direitos e deveres, mas também sujeito criador de direitos.

Com Paulo Freire, identificamos que a educação requer metodologias que estimulem a participação ativa, consultiva e decisória; possibilitem a contradição, abra janelas para o mundo; valorizem a interdisciplinariedade; realizem a pedagogia da autonomia.

Os Direitos Humanos, e em particular o Direito à Educação, tomam sentido na relação de um sujeito com outros sujeitos, quer dizer, nas relações sociais, no diálogo, de modo responsável para alcançar os objetivos de autonomia.

REPRESENTAÇÃO E «PRESENTAÇÃO» DOS TRABALHADORES¹

José Eduardo de Resende Chaves Júnior

Doutor em Direitos Fundamentais pela Universidade Carlos III de Madri; juiz presidente da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte e Vice-presidente da Rede Latino-americana de Juízes – www.redlaj.org.

Sumário: I – Introdução; II - «Descentralização Consistente» e «Transversalidade Presentante»; III - «Descentralização Consistente»; IV - «Transversalidade Presentante»; V – Representação Dual e «Presentação Multitudinária»; VI – Conclusões

1. Introdução

O texto se propõe tanto a uma análise crítica do conceito de representação dos trabalhadores, no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, como também sugere uma alternativa de reconstrução desse conceito, enquanto «presentação», a partir de duas ferramentas conceituais contemporâneas: «rizoma» e «multidão», numa tentativa de resgatar, de uma forma mais efetiva e concreta, não só a democratização das instâncias sindicais, como também o incremento de sua própria potência coletiva.

A representação dos trabalhadores é uma idéia que carrega uma tensão permanente; é a tensão própria dos dualismos². Antes que adotar indistintamente a representação como critério de legitimação política, não é possível descartar a idéia de «presentação»³ dos trabalhadores, pelo

1 Este artigo é um excerto da tese de doutoramento do autor em Direitos Fundamentais, defendida perante a Universidade Carlos III de Madri em 8 de dezembro de 2006, intitulada *El Derecho Nómada - Un paso hacia el Derecho Colectivo del Trabajo, desde el «Rizoma» y la «Multitud»*. A tese teve a orientação do Catedrático em Filosofia de Direito, Rafael de Asís Roig e a co-orientação do Catedrático em Direito do Trabalho Antonio Baylos Grau, tendo recebido da banca a mais alta qualificação: *sobresaliente, 'cum laudae', a unamidad*.

2 Aqui 'dualismo' se refere ao dualismo como duelo, como exclusão. De forma diferente, no modelo dual de representação dos trabalhadores do sistema espanhol, essa dualidade figura como alternativa e não como disjuntiva ou encruzilhada, como se verá mais adiante.

3 No sentido de 'ação de tornar-se presente'

menos não se pode abandoná-la, sem nem sequer tentar esgotar toda sua potencialidade democrática. A representação tem de surgir sempre como um segundo passo, como mero mecanismo, como instrumento, não como princípio de democracia⁴ ou de legitimação.

A legitimação⁵ é uma pura imanência⁶, é um desdobramento da singularidade⁷, que desdobra e estende sua própria imanência essencial⁸.

4 Negri e Hardt observam que quando “nosso poder se transfere a um grupo de governantes, obviamente já não governamos todos, ficamos afastados do poder e do governo. Apesar de tal contradição, no início do século XIX a representação chegou a ser tão definidora da democracia moderna que desde então se fez praticamente impossível imaginar a democracia sem se pensar ao mesmo tempo em alguma forma de representação”. Cfr. NEGRI e HARDT, 2004(d), p. 282. Para uma interessante síntese a respeito das contradições entre ‘democracia’ e ‘representação’, e, como a despeito dessa contradição se construiu o mito da aproximação entre ‘democracia’ e ‘representação’, especialmente em Rousseau e nos Federalistas americanos (Madison) cfr. *Ibid.*, pp. 278-282

5 “O sistema de negociação de eficácia geral elaborado pela LET (estatuto dos trabalhadores da Espanha) e a cujo teor a convenção coletiva obriga ao conjunto de trabalhadores e empresários, incluídos na unidade de negociação, descansa institucionalmente sobre uma peça que cumpre a muito importante função de assegurar que, na verdade, o adicional outorgado se utiliza de tal modo que fiquem atendidos os interesses majoritários da profissão. Trata-se da legitimação para negociar, na sua dupla vertente de capacidade convencional ou aptidão genérica de que gozam certos sujeitos coletivos para realizar convênios coletivos e legitimação em sentido estrito, ou aptidão das organizações com capacidade convencional para intervir em uma determinada negociação coletiva”. Cfr. VALDÉS DAL-RE, 1996, pp. 193-194

6 Aqui usa-se «imanência» no sentido utilizado por Espinosa em sua *Ética*. Deleuze anota que a idéia imanência em Espinosa está associada à idéia de *atributo*. Na *Ética*(I, def. 4) Espinosa define o atributo como aquilo que o entendimento percebe da substância como constituinte de sua essência. O atributo não é distinto da essência, é concebido por si e em si. O atributo é unívoco. Deleuze afirma que para Espinosa a imanência é a própria univocidade do atributo. (DELEUZE, 2002, pp. 58-59).

Na *Ética* (I, prop. 18, demost.) Espinosa afirma que “*Deus ergo est omnium rerum causa immanens, non vero transiens*” (“Deus é, pois, causa imanente y não-transitiva de todas as coisas” – tradução livre. Cfr. SPINOZA, 1913 (a), p. 54). A idéia de causa, como causa em si – “*Per causam sui intelligo id cujus essentia involvit existentiam sive id cujus natura non potest concipi nisi existens*” (“entendo por causa de si aquilo cuja essência implica a existência; ou, em outras palavras, aquilo cuja natureza não pode ser concebida senão como existente” – tradução livre, *Ética*, I,I; Cfr. SPINOZA, 1913 (a), p. 37) – e não como causa transitiva, propõe a idéia de causa como ‘causa essencialmente imanente’. (DELEUZE, 2002, p. 63).

7 A singularidade está conectada à diferença e não à identidade. A identidade consiste na “identificação” de uma propriedade comum ou ser pertencente a um determinado conjunto. A diferença é um processo dinâmico e incessante, é o processo de diferenciação contínua – a diferença diferida – sem essência. A identidade mais profunda é a diferença. A diferença incessante de tudo quanto exista é o que nos singulariza. Deleuze e Guattari usam também o termo “heceidade”. “Heceidade” é um termo criado por Duns Scott, filósofo do século XIII, a partir do latim “*haec*”, “esta coisa”, e significa a forma individualizadora ou última razão do ser concreto existente. É comum escrever-se “ecccidade”, de “*ecce*”, “eis aqui”. Deleuze e Guattari dizem que esse é um erro fecundo, pois sugere um modo de individuação que não se confunde precisamente com a de uma coisa, de um sujeito ou de um objeto. (1997, vol. 4, p. 47, nota 24).

8 Para Spinoza, segundo Deleuze (*Spinoza – Philosophie Pratique*), a essência não é uma possibilidade lógica, nem estruturas geométricas, mas parte da potência, isto é, graus de intensidades físicas. A essência spinoziana não tem parte, mas ela mesma é uma parte. Cfr. DELEUZE, 2002, p. 79.

Nesse sentido, a legitimação é, antes, adequação e extensão da singularidade. As singularidades, nem atuando na sua pluralidade, necessitam fazer-se representadas por um ente distinto.

A «multidão» é a única potência essencialmente legítima, adequada e extensa das singularidades, e que se fazem «presentadas» e dirigidas de forma cooperada a uma só ação⁹, como causa e essência ao mesmo tempo¹⁰. A «multidão» é um conceito ambicioso. É a tentativa de chegar à democracia absoluta, inclusive de formulá-la teoricamente. Para o nosso estudo é especialmente interessante pois está fundada em duas chaves: (i) nas novas formas de trabalho imaterial e (ii) na idéia de rede. Sylvère Lotringer, no prefácio da edição norte-americana de *A grammar of the multitude*¹¹, revela que a origem do conceito «multidão» foi fruto da ‘teoria autonomista’, formulada em vários lugares, mas que foi efetivamente desenvolvida na Itália dos anos 60 até os 70. Sua formulação^{12 13}, no contexto deste estudo, foi levada a cabo pelo filósofo italiano Antonio Negri e pelo professor de literatura comparada na Duke University, Michael Hardt¹⁴.

A «multidão» é apresentada como contrapoder¹⁵ ao «império», que,

9 Para Spinoza, a coordenação entre as singularidades é absolutamente possível, sem que elas percam sua essência. “*Quod si plura individua in una actione ita concurrant ut omnia simul unius effectus sint causa, eadem omnia eatenus ut unam rem singularem considero*”. (“Se vários indivíduos cooperam para uma só ação, de tal maneira que todos sejam, ao mesmo tempo, causa de um só e mesmo efeito, considero-os a todos, a esse respeito, como uma mesma coisa singular.”). Ética, II, Definiciones, VII. Cfr. SPINOZA, 1913(a), p. 74

10 Como se viu, para Spinoza, a causa de si, que é a primeira definição de sua Ética, é tudo quanto cuja essência implica a existência. Cfr. Ética, I, Definição I.

11 Cfr. VIRNO, 2004.

12 Sua formulação foi produto de vários estudos anteriores, mas sistematizados e desenvolvimos em *Multitude – war and democracy in the age of empire* (The Penguin Press, 2004).

13 Lotringer nos conta que a história de a «multidão» é a história do «obreirismo» («operaismo»), movimento surgido por ocasião da grande confrontação operária ocorrida em Turim, em 1961. Este movimento tinha, segundo ela, uma relação paradoxal com o marxismo tradicional, pois aspirava ao rechaço do trabalho e à autonomia da classe obreira. Esse movimento surgiu com o nome de *Potere Operaio*, sendo substituído, em 1973, por *Autonomia Organizzata*. A primeira publicação foram os *Quaderni Rossi*, posteriormente, *Classe Operaia*. Sua estratégia de recusa e rechaço ao trabalho teria antecipado, segundo Lotringer, a análise pós-68 do capital efetuada por Deleuze y Guattari. Os teóricos desse movimentos foram Mario Tronti, Antonio Negri, Franco Piperno, Oreste Scalzone y Sergio Bologna. (cfr. *We, the multitude* – LOTRINGER, 2004, in VIRNO, 2004, pp.7/11).

14 Outro intelectual que contribuiu para a construção contemporânea do conceito de «multidão» foi Paolo Virno. Há uma publicação na qual se recolhem os textos de suas aulas no doutorado em Ciencia, Tecnologia e Sociedad, da Universidade da Calábria, durante o ciclo 2001. (cfr. *A grammar of the multitude*, 2004. Em español: *Gramática de la multitud – trad. Adriana Gómez* – Madrid: Traficante de sueños, 2003).

15 Negri concebe «contrapoder» em três ordens: como (i) *resistência* contra o velho poder; como (ii) *insurreição* de um novo poder e como (iii) *potência constituinte* do novo poder. (NEGRI, 20004(B), p. 157). Negri insiste na *não-homologia* entre contrapoder de massas e o poder

por sua vez, não se confunde, no contexto ferramental de Negri y Hardt, com o conceito de «imperialismo». A transição do «imperialismo» ao «império» corresponde, nesta perspectiva, à passagem da modernidade à pós-modernidade, ou do capitalismo ao pós-capitalismo.

A «multidão», tal como pretendemos encará-la neste texto, começou a se esboçar teoricamente em Espinosa - multidão¹⁶, embora desde o ponto de vista político não tenha surgido propriamente de Espinosa, já que o pensamento espinosiano coincide com o pensamento protestante do século XVII, que, por sua vez, é tributário do pensamento renascentista, especialmente de Maquiavel¹⁷. Em seu *Discorsi - Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Maquiavel formula a democracia florentina¹⁸ a partir dos movimentos que buscam organizar a liberdade na República e ordenar o trabalho na cidade¹⁹. Para Negri, em seu *Il Potere Costituente*, Maquiavel não é o teórico do Estado absolutista moderno, mas o pensador da ausência de todas as condições para um princípio de democracia, ausência e vazio que fazem surgir o desejo de um programa democrático, de um poder constituinte aberto, que não está ávido por se cerrar numa Constituição²⁰.

Em Spinoza subservivo Negri sustenta que o Tratado Político de Espinosa funda teoricamente a democracia moderna na Europa, sem embargo de reconhecer que não se costuma atribuir a ele a origem do

constituinte, ou seja, que o objetivo do contrapoder não seja a substituição do poder existente. Ao contrário, Negri propõe formas e expressões diversas de liberdade coletiva. (*Ibid.*, p. 160-161). Anota que concebe o contrapoder como as *resistências* e os *acontecimentos insurreccionais*, que representam poderes constituintes latentes e vivos, na medida progressiva de que sejam controlados de maneira global (*Ibid.*, p. 163).

16 *m?lt?do, -?nis* – Cfr. SARAIVA, 1993, p. 758

17 Ansuátegui Roig, chamando à colação a opinião de Adolfo Ravá (*La filosofia politica de Benedetto in Studi su Spinoza e Fichte*, a cura di El Opocher – Giuffrè Milano, 1958, pp.78-81) observa que é necesario sublinhar que a aproximação entre Espinosa e Maquiavel, e não a aproximação entre Espinosa e Hobbes. Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, 1998(b), p. 127, nota 7.

18 Para Negri, Maquiavel foi, de forma perversa pelo pensamento francês, transformado num teórico da modernização absolutista do Estado, tendo propagado sua frase '*os fins justificam os meios*', que descontextualiza o pensamento do florentino. Aponta que a recepção do pensamento de Maquiavel na Inglaterra foi diferente, pois ele é lido ali como uma introdução à crítica do poder constituído, na análise das classe sociais, do conceito de prática *militia* popular como poder constituinte. Cfr. NEGRI, *Poder Constituinte*, 2002, pp. 149-158. Segundo Negri, o Maquiavel democrático e republicano está já todo construído nos *Discorsi*. *Ibid.*, pp.105-123.

19 Cfr. NEGRI, 2004(b) p. 114. Nessa obra de Maquiavel existem vários expertos sobre a supremacia da democracia da multidão, por exemplo: o povo visto como mais sábio que o príncipe (Livro I,58, pp. 179-180); vê com bons olhos a desordem da separação entre o povo e o Senado (I, IV, pp.31-32) e inclusive optando pelo povo, considerando que o Senado tem mais interesse em conservar o poder, criando, assim, maiores dificuldades à expansão do império do que aqueles que querem adquirir o poder (I,V, pp. 33-35). Cfr. MAQUIAVEL, 2000.

20 Cr. NEGRI, 2002, p. 148

pensamento democrático da modernidade. Segundo Negri a democracia espinoseana, e especificamente a idéia de multidão, é a que de fato se distingue da democracia da antiguidade greco-romana – na qual a liberdade era apenas um atributo dos cidadãos da polis. A democracia da multidão, ao contrário, abarca toda universalidade humana, a partir de um jusnaturalismo radical e contrutivista²¹.

Para Espinosa, a multidão é o sujeito político por excelência. Partindo da distinção entre poder (potestas), como capacidade (de ser afetado) de um governante e potência (potentia), como força ativa e tornada ato e expressa como vontade de Deus, uma vontade que não se distingue e se confunde com – pura imanência da própria essência divina²² - Espinosa situa o império absoluto da democracia como resultado da potencia imanente da multidão. Uma potencia imanente que inclusive define o direito: “Hoc jus, quod multitudinis potentia definitur”²³; “Nam civitatis ius potentia multitudinis, quae una veluti mente ducitur, determinatur”²⁴.

A representação não se conecta com o conceito de «multidão». Ao contrário, pressupõe uma separação, uma identidade ‘segmentada’, e não um ‘seguimento’, um continuum de singularidades imanentes, um fluxo da «multidão». A representação opõe o coletivo ao individual, a maioria às minorias, o público ao privado, o singular ao «comum»²⁵, enfim, representa

21 Cfr. NEGRI, 2000(b), pp.37-38

22 É esta a leitura de Deleuze, em *Spinoza – Philosophie pratique*(2002, p.103)

23 Tradução livre: “*ese derecho definido por la potencia de la multitud*”; *Tratado Político*, II, XVII). Cfr. SPINOZA, 1913 (b), p. 11

24 Tradução livre: “*de hecho el derecho civil [o el derecho de la Civitas] es determinado por la potencia de la multitud, que es conducida como se fuera un pensamiento uno*”; *Tratado Político*, III, VII). Cfr. SPINOZA, 1913 (b), p. 15

25 A idéia de «comum» de Negri e hardt, que não se identifica com a idéia de ‘público’, nem de ‘coletivo’, nos parece conectada e esclarecida pela idéia de ‘lugar comum’ em Aristóteles, como anotado por Paolo Virno: “Quando hoje falamos de «lugares comuns», entendemos geralmente locuções estereotipadas, quase privadas de todo significado, banalidades, metáforas mortas —«teus olhos são dois luzeiros»—, conversações trilhadas. E no entanto, não era este o significado originário da expressão «lugares comuns». Para Aristóteles, os topoi koinoi são as formas lógicas e lingüísticas de valor geral, como se dissecássemos a estrutura óssea de cada um de nossos discursos, aquilo que permite e ordena toda enunciação particular. Esses «lugares» são comuns porque ninguém —nem o orador refinado nem o bêbado que murmura palavras às tontas, nem o comerciante nem o político— pode deixá-los de lado. (...) O grupo de torcedores de futebol, a comunidade religiosa, o jogo ou o sindicato, o posto de trabalho: todos estes «lugares» continuam desde já subsistindo, mas nenhum deles é suficientemente caracterizado e ‘caracterizante’ como para oferecer uma «rosa dos ventos», um critério de orientação, uma bússola confiável, uma comunidade de hábitos específicos, de específicos modos de dizer/pensar. Em todo lugar e em cada ocasião, falamos/pensamos do mesmo modo, sobre a base de construções lógico-lingüísticas tão fundamentais como gerais. Desaparece assim toda uma topografia ético-retórica. Se põem em primeiro plano os «lugares comuns», esses princípios básicos da «vida da mente»: o vínculo entre mais e menos, a oposição de contrários, as relações de reciprocidade, etc. São eles, e somente eles,

por oposição e disjuntiva, antes que como alternativa²⁶. A representação enfatiza a concepção de hegemonia como domínio excludente, e marca a procura pelos universalismos autoritários²⁷ e redutores, os máximos divisores universais, em lugar dos múltiplos comuns²⁸.

A representação reproduz (a cópia), a «representação» produz (a potência). A representação funciona por reprodução da tensão entre representante e representado, e torna esse representado esmagado, passado, partícipio passado, membro passivo de um poder constituído, que transfere e transcende sua potência singular ao representante, com perda de potência e legitimidade. Em todas as formas clássicas de representação - «apropriada»²⁹,

os que oferecem um critério de orientação e, portanto, um possível reparo no curso do mundo”. Cfr. VIRNO, 2003, pp. 34-35

- 26 Observam Negri e Hardt que a representação “reúne duas funções contraditórias: vincula multidão ao governo, e ao mesmo tempo os separa. A «representação» é uma ‘*síntese disjuntiva*’ porque conecta e afasta, une e separa ao mesmo tempo”. Cfr. NEGRI e HARDT, 2004(d), p. 279.
- 27 Conclui Ernesto Laclau, sobre a validade atual da noção de hegemonia na política, desde a idéia de universalismo, que desde seu ponto de vista, “*is the mosel political question confronting us at this end of the century: what is the destiny of the universal in our societies? Is a proliferation of particularisms – or their correlative side: authoritarian unification – the only alternative in a world in which dreams of a global human emancipation are rapidly fading away? Or can we think of the possibility of relaunching new emancipatory projects which are compatible with the complex multiplicity of differences shaping the fabric of present-day societies?*” (“é a principal questão política que nos confronta neste final de século: qual é o destino do universal em nossas sociedades? A proliferação de particularismos – ou seu correlato: a unificação autoritária – a única alternativa num mundo no qual as ilusões de uma emancipação global estão rapidamente desaparecendo? Ou podemos pensar na possibilidade de relançar novos projetos de emancipação compatíveis com a complexa multiplicidade de diferenças formadoras dos tecidos das sociedades”. Tradução livre) Cfr. BUTLER, LACLAU e ZIZEK, 2000, p. 86.
- 28 Ao contrário de se tentar estabelecer uma abstrata ética mínima, que significa estabelecer um «máximo divisor comum universal», nos parece melhor trabalhar em termos de «múltiplos comuns», pois desde um enfoque universalista redutor se corre o risco de que a intersecção entre os conteúdos materiais éticos de culturas e coletivos distintos resulte um conjunto vazio. Isso significa a impossibilidade do diálogo ou a redução liberal dos direitos. Cfr. HERRERA FLORES, 2004, pp. 50-51. Este texto de Herrera Flores foi publicado depois da defesa de nossa *tesina*, que precedeu à nossa tese de doutoramento. Na *tesina* já havíamos desenvolvido a idéia de «múltiplos comuns».
- 29 A classificação é de Max Weber, no seu clássico *Sociedade e Economia*. Na representação «apropriada» (*approprierte Repräsentation*) o “dirigente (ou um membro do quadro administrativo) tem por apropriação o direito de representação. Essa forma é muito antiga e se encontra em associações de dominações patriarcais e carismáticas (carismático-hereditárias, carismáticas de cargo) de caráter muito diverso. O poder representativo tem dimensão tradicional”. Cfr. WEBER, 2004, p. 193, (I, III, § 21.1).

Weber a chama representação «apropriada» porque os representantes se apropriam de todo o poder da tomada de decisões. É chamada também de representação «patriarcal», porque define o modo de representação dos servos pelo senhor feudal, ou do modo de representação dos escravos negros, as mulheres e as crianças. Cfr. NEGRI e HARDT, 2004(d), p. 283. Por isso é também chamada por Weber representação «estamental», e não se trata nem mesmo de representação propriamente dita, pois “se limita primariamente a representar e fazer valer direitos (apropriados) próprios (privilégios)”. Cfr. WEBER, 2004, P. 193 (I, III, § 21.2)

«livre»³⁰ ou «vinculada»³¹ - não há deslocamento de potência. O trânsito transcendente entre representado e representante é sedentário, isto é, constitui mero movimento metafísico³², que envolve perda bruta da fenomenalidade originária da potência constituinte dos representados³³.

Não é, pois, só uma questão de legitimação, mas, principalmente, de força, de redução efetiva de potência social dos muitos. «Potentia» que se reduz a «potestas». O ‘trânsito transcendente’ - e não-imanente - paralisa a «potentia» constituinte; secciona, segmenta e cessa a revolução do trabalho vivo, e se fixa na representação da Constituição do Trabalho morto. A cartografia da potência «presentante»³⁴ dos trabalhadores se reterritorializa na Carta Magna do poder representado. Não se trata de substantivar ‘um presentante’ dos trabalhadores, mas conservar o caráter adjetivo do ato de representar, para enfatizar a potência «presentante» da «multidão». A substantivação repete a deformação da representação, que privilegia o representante, seu poder³⁵, em detrimento das singularidades presentantes dos muitos.

Em resumo, a «representação» privilegia a «organização» antes que a representação. Aqui, «organização» entendida como formulada por Edgar Morin – «ordem-desordem-interação-organização»³⁶ - ou seja uma

30 Na representação «livre» (*freie Repräsentation*) o representante é livre para seguir suas próprias convicções objetivas, e não os interesses dos representados e, nesse sentido, o representante passa a ser o “senhor de seus eleitores, e não ‘servidor’ deles. Adotam especialmente esse caráter as modernas representações parlamentares, as quais têm em comum, nesta forma, a objetivação geral – vinculação a normas abstratas (políticas, éticas) – que é a característica do poder legal”. Cfr. WEBER, 2004, p. 194, (I, III, § 21.4).

31 Na representação «vinculada» (*gebundene Repräsentation*) o poder representativo é limitado interna ou externamente por “mandato imperativo e direito de revogação, e vinculado ao consentimento dos representados. Esses ‘representantes’ são, na verdade, funcionários daqueles que representam”. Cfr. WEBER, 2004, p. 194, (I, III, § 21.3)

32 Tradicionalmente, e antes da crise da Metafísica no final do século XIX, o jogo entre ato e potência sempre foi tratado como *movimento metafísico*. Cfr. LAHR, 1968. p.688.

33 Acrescentam Negri e Hardt que a representação nunca conseguiria realizar “a promessa da democracia moderna, o governo de todos por todos. Cada uma dessas formas de representação, a apropriada, a livre e a vinculada, nos retrotrae à natureza fundamentalmente dual da representação, no sentido de que simultaneamente conecta e separa. (...) A democracia requer uma inovação radical e uma nova ciência”. Cfr. NEGRI y HARDT, 2004 (d), p. 285.

34 Recolhendo resíduos da forma latina (particípio presente) de ‘presentar’, e com ênfase no caráter adjetivo do vocábulo

35 Observam Monereo e Moreno Vida que as centrais sindicais “funcionam com um cúmulo de privilégios legais que propicia sua «domesticação» e o afastamento de suas bases”. Cfr. MONEREO e MORENO VIDA, 2005, p. 209

36 A «organização» remete a uma idéia de organização complexa, que, ao mesmo tempo, conviva com a ordem e desordem, e, ainda, se negue à atualização cristalizada das virtualidades combinatórias, às quais esse jogo complexo e contraditório abre perspectiva.

A «organização» é complexa, mas não só isso, é também essencialmente relacional e de interação. A

organização complexa, uma nova ordem dos trabalhadores que não exclui o caos sindical, uma organização essencialmente relacional e de interação, na qual a máxima complexidade da desordem sindical conterà a ordem, e a extrema complexidade³⁷ da ordem conterà a desordem³⁸, em sua profunda dialética³⁹.

2. «Descentralização consistente» e «transversalidade presentante»

A «apresentação» da «multidão» é somente um marco de perspectiva, já que sua operacionalização prática é muito complexa, pois implica uma «organização» complexa e desordenada. É preciso aterrissar esta perspectiva no mundo vivo do trabalho, o que, contudo, não significa que se possa desprezar este enfoque como se fora algo utópico, abstrato ou caótico, já que tem ou pode ter conseqüências práticas muito concretas, e até um «plano de imanência» muito específico de desenvolvimento.

O «plano de imanência» no contexto do pensamento de Deleuze e Guattari é a base de consistência de todos os conceitos de uma determinada filosofia – planômeno⁴⁰. Não é o conceito de todos os conceitos, não é uma metafísica, é o platô, um puro meio, que imprime fluidez ao pensamento. Para esses autores, a tarefa da filosofia é construtivista, e compreende duas etapas: traçar um «plano» e criar conceitos.⁴¹ O «plano» dá consistência aos conceitos fragmentarios. É como um muro de pedra, em que cada pedra-conceito não tem bordas correspondentes a outras pedras-conceito, mas que encontram no «plano» uma base de solidez e compactação. O «plano de imanência» é, ao mesmo tempo, o que deve ser pensado e o que não pode ser pensado. É pré-filosófico⁴².

extrema complexidade da ordem conterà a desordem, e a máxima complexidade da desordem conterà a ordem. Morin designa o tetrólogo «ordem-desordem-interação-organização» como o caminho para tentar-se a operacionalização ordem/desordem na nova ordem. MORIN (2002) p. 101 e ss.

37 É importante anotar que mesmo a representação, no sistema democrático representativo, passa por “processo de complexificação da representação de relevância política, no qual junto da representação política parlamentar existe uma abertura para a chamada ‘representação de interesses’ setoriais, parciais ou corporativos”. Cfr. MONEREO, 1999, p. 52

38 Edgar Morin anota que “a ordem, perdendo seu caráter absoluto, nos obriga a considerar o mais profundo mistério que, como todos os mistérios, é coberto pela mais obtusa evidência: o desaparecimento das Leis da Natureza põe a questão da natureza das leis” MORIN (2002) p. 104.

39A profunda dialética entre ordem e desordem, que é mais entrelaçada do que se imaginava, nos permite vislumbrar na nova noção de «organização» a possibilidade de encontrar caminhos para investigar a natureza das leis. Essa noção se situa no nível do próprio paradigma, no sentido kuhniano, pois é preciso deixar em suspenso o paradigma lógico no qual ordem e desordem se excluem MORIN (2002) p. 105.

40 Deleuze e Guattari, *O que é a filosofia*, p. 51.

41 *Ibid.*, *ibidem*, p. 51

42 *Ibid.*, *ibidem*, p. 78

Enfim, o que se pretende é ultrapassar a idéia de uma aptidão legítima a representar⁴³, abandonando uma pretensão de profundidade sistemática e teórica, em direção a uma «aptidão consistente de apresentar-se» num «plano de imanência» superficial, pragmático e multitudinário dos conflitos coletivos.

3. «Descentralização consistente» dos trabalhadores

A primeira dessas conseqüências é o que podemos nomear de «descentralização consistente» do sujeito coletivo do trabalho, e que corresponde, em certa medida, aos fenômenos de «descentralização negocial»⁴⁴ ou de «descentralização organizada»⁴⁵ - mas quanto a esta última sem o sentido hierárquico de controle. Pensamos em descentralização, mas com ênfase muito especial na coesão, isto é, no sentido de que a descentralização, mesmo que desordenada, ao invés de implicar desagregação, diluição ou degradação⁴⁶, significa a mobilização de todas⁴⁷ as energias coletivas, inclusive aquelas excluídas do fluxo da «multidão» trabalhadora. Em outras palavras, trata-se de uma «pluralização das formas de tutela» contra o «monopólio representativo» do grande sindicato⁴⁸.

A centralização jurídica, no plano do trabalho, em princípio, funciona desde mecanismos de maiorias matemáticas e estatísticas, que, em geral,

43 O Catedrático da Universidade Complutense de Madri, Fernando Valdés, por exemplo, define a representação legítima como eixo fundamental de eficácia geral do sistema de negociação coletiva da Espanha. Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, 1996, p. 193.

44 Que é, segundo Monereo e Moreno Vida, o processo que de descentralização das pautas de negociação do acordo nacional ou setorial para a empresa ou centro de trabalho. Cfr. MONEREO e MORENO VIDA, 2005, p. 209

45 É a repartição de funções, segundo Mercader, Catedrático da Universidade Carlos III de Madri, “entre os diferentes níveis de negociação e, portanto, as concorrências negociadoras que podem repartir-se os próprios”, e que é controlada e orientada desde os níveis superiores. Cfr. MERCADER, 2005, p. 266

46 Como se viu no tópico 3.2.2, na ciência termodinâmica, a degradação da energia caminha para a desordem, pois significa o aumento de agitação e velocidade das moléculas. Mas esta agitação, este aumento de entropia, significa, ao mesmo tempo, de forma paradoxal, equilíbrio do sistema, pois na entropia máxima, não haverá mais calor, e a manifestação desse fenômeno no sistema como um todo se processará como homogeneização e morte térmica. MORIN (2002) pp. 53-56.

47 Negri e Hardt falam da passagem da democracia de ‘maioria’ para ‘todos’. Cfr. NEGRI e HARDT, 2004(d), p. 278

48 Observam Monereo e Moreno Vida que o fenômeno da «descentralização negocial» - descentralização das pautas de negociação, que se afastam do acordo nacional ou setorial, e se dirigem para empresa e ao centro de trabalho – “causa uma espécie de «erosão do coletivo» e a pluralização das formas de tutela, com um enfraquecimento do sindicalismo industrial, e também implicou uma crise das estratégias intervencionistas construídas sobre a idéia do monopólio representativo do grande sindicalismo de organização, em parte devido a sua incapacidade para promover a sindicalização”. Cfr. MONEREO e MORENO VIDA, 2005, p. 212

excluem determinados segmentos dos trabalhadores, causando conflitos internos, com perda de força coesiva e reivindicatória. Além disso, com o fenômeno da deslocalização da empresa e com a externalização da produção - «flexibilização externa»⁴⁹ - essa unidade formal exclui na prática uma gama importante de trabalhadores do processo de coesão da potência operária.

Por outra parte, a representação engessa, numa pessoa jurídica formal, a potência movente do trabalho. Essa entidade formalizada fica, a partir de sua fixação numa forma jurídica estática⁵⁰, passível de ser afetada pelas restrições e outras formas de responsabilidades legais⁵¹ ao pleno exercício das liberdades coletivas⁵², já que se pode imputar a essas entidades, inclusive, responsabilidades civis, administrativas e até multas⁵³. A representação acaba, assim, funcionando mais como limite, do que como impulso ao fortalecimento dos trabalhadores.

A «descentralização consistente», contudo, não significa necessariamente a despersonalização jurídica do sujeito coletivo⁵⁴, mas, pelo contrário, uma desconsideração nômade e recorrente desse sujeito, isto é, uma movente e cambiante relação entre adequação, legitimidade e eficácia da ação coletiva. É verdade, e não se pode negar, que isso traz problemas

49 É como Monereo e Molina preferem nomear às ‘estratégias’ para “economizar despesas na gestão dos recursos humanos”. Cfr. MONEREO e MOLINA, 2002, p. 3

50 Observa Maria Fernanda Fernández López, que a autonomia plena de associação sindical e a personalidade jurídica não são dois elementos necessariamente unidos. A personalidade jurídica, no ordenamento espanhol, serve apenas ao ponto de vista das relações externas do sindicato. Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1982, pp. 314-315.

51 A título de exemplo ver Artigos 5.1 e 5.2 da lei espanhola de liberdade sindical, Lei Orgânica 11/1985.

52 O dispositivo mais significativo é a limitação do direito de greve por meio do mecanismo dos ‘serviços essenciais’, como se verá mais adiante. Baylos observa a respeito do regulamento espanhol dos ‘serviços essenciais’ que é “evidente, portanto, o déficit democrático que está presente no regulamento do direito de greve”. Cfr. BAYLOS, 2003, p. 190.

53 No Brasil, por exemplo, a famosa greve dos trabalhadores da petroleira PETROBRÁS, ocorrida no governo de Fernando Henrique Cardoso, em maio de 1995, quando a categoria estava mais coesa e forte, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) considerou a greve ilegal, sancionando o sindicato com multas impressionantes (que somadas chegavam, em valores da época, a cerca de 42 milhões de reais. A multa foi anistiada depois pelo Parlamento brasileiro. Cfr. http://www.fup.org.br/greve_1995.htm) autorizando inclusive a dispensa dos sindicalistas por falta grave, em outro julgado (Acórdão n. RR 596907 de 1999, publicada no Diário Oficial brasileiro em 30/05/2003, disponível no site do Tribunal: <http://www.tst.gov.br>).

54 Segundo Maria Fernanda Fernández López, o caráter negocial do grupo associativo permite desvinculá-lo de intervenções estatais, a partir do compromisso constitucional de não-intervenção sindical, sendo que a personalidade jurídica do ente sindical somente se apresenta como um instrumento para facilitar suas finalidades associativas, sem que signifique qualquer condição ao exercício dessa ação. Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1982, pp. 17-18.

complexos e dificuldades concretas. Contudo, não se pode esquecer que a dificuldade oriunda de um processo de descentralização é afeto não só ao capital, já que o problema de determinar-se o real tomador dos serviços, em razão das múltiplas formas de deslocalização e outsourcing que a empresa posfordista adquiriu⁵⁵, é uma realidade que atinge duramente a própria organização dos operários.

A idéia de representação dos trabalhadores, como se disse, é, nesse sentido, instrumental e não-sistemática; é uma questão de pragmática da ação política dos operários frente ao contexto produtivo e à potência nômade do capital. Antes que uma tentativa de estruturação e fixação teórica propriamente considerada, deve presidir o conceito de representação dos trabalhadores a idéia do confronto da ‘estratégia’ hegemônica do capital contra as ‘táticas’ fragmentadas do trabalho⁵⁶.

Nessa linha nos parece interessante o conceito próprio do direito norte-americano, atinente às práticas coletivas descentralizadas e de intensa «presentação», denominadas, pela National Labor Relations Act - NLRA, «atividades combinadas» (concerted activities)⁵⁷, mesmo que, na prática, os tribunais americanos tenham construído alguns limites para impedir seu pleno desenvolvimento⁵⁸. É importante, entretanto, sublinhar que este

55 “A grande empresa do fordismo não desapareceu, sem dúvida, mas tende a ser progressivamente substituída por heterogêneas formas de integração/colaboração interempresarial, que adquirem a fisionomia aberta da «forma grupo». Isso supõe uma «flexibilização» das noções mesmas de empresa, de empresário-empregador, as quais podem ser utilizadas de modo dúctil, tanto para instrumentalizar processos de articulação interna no sentido da centralização, com no sentido diverso de descentralização”. Cfr. MONEREO e MOLYNA, 2002, p. 16

56 Aqui considerado os termos ‘estratégia’ e ‘tática’, inspirados do jogo de xadrez, aplicados por Michel de Certeau à política, considerando como ‘estratégicos’ o cálculo das relações/forças políticas do lugar da hegemonia (considerado apropriado), e ‘táticos’ aos mesmos cálculos que partem dos fragmentados movimentos sociais (considerados lugar não-apropriado) de resistência política. Cfr. DE CERTEAU, *The Practice of Everyday Life*, XIX, apud MOREIRAS, 2001, p. 377, nota 2.

57 *National Labor Relations Act*, de 1935, conhecida também por *Wagner Act*, ou *Act*; 29 U.S.C. Os §§ 151-169, dispõem, na sua seção 7ª, que: “Sec. 7. Employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist trabalho organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection (...)”. (“Empregados terão direito de organizar-se, de formar organizações, de associar-se ou de ajudar organizações trabalhistas, de negociar coletivamente por meio de representantes de sua própria eleição e de tomar parte em outras atividades combinadas, visando negociações coletivas ou outras formas de ajuda ou proteção”). Disponível no site da agência administrativa (*National Labor Relations Board*) que cuida da aplicação dessa lei: www.nlr.gov.

58 Em paralelo ao conceito de «atividade combinada» extraída da própria literalidade da seção 7ª da NLRA, a jurisprudência norte-americana construiu o conceito, limitativo, de «atividade protegida», que, dessa forma, limita as «atividades combinadas» às práticas autorizadas. Sobre as «atividades protegidas» Cfr. SHIEBER, 1988, pp. 38-39.

conceito, à luz da NLRA, legaliza a ação de grupos⁵⁹ de trabalhadores não formalmente organizados com a finalidade de negociação coletiva, ajuda mútua ou proteção - collective bargaining or other mutual aid or protection. A possibilidade jurídica de atuação direta dos grupos - de sua «apresentação» - é importante para marcar o caráter instrumental da representação, pois na representação a disputa pelos poderes constituídos do sindicato, que lhe é inerente, tira do foco a característica mais marcante das atividades coletivas, que é justamente a efetiva participação direta dos trabalhadores na ação.

No seio da «descentralização consistente» a dicotomia representação e representatividade («a maior»), operada, por exemplo no sistema espanhol⁶⁰, perde sentido. Tal dicotomia avoca a própria espiral de transcendência, afastamento e segmentação que as tentativas de reprodução de identidades coletivas envolve. A idéia de representatividade remete a uma esfera de disputa interna - no plano do trabalho - uma disputa pelo «decalque» da «apresentação», pelo domínio da identidade exclusiva (e, portanto, excludente) de todos. É a disputa pelo poder constituído, que sacrifica energia operária, divide os fluxos de potência, pois funciona como um tipo de concorrência mercantil, absolutamente inadequada para o fortalecimento das forças do trabalho. Da mesma forma que a concorrência ideal serve para dividir o poder do capital, serve também para reduzir a potência dos muitos. A diferença é que, enquanto a concorrência ideal na prática de mercado livre é absolutamente fictícia - dada as várias estratégias de aliança que o capital é capaz de engendrar - com relação ao trabalho mais parece um trabalho de Sísifo, já que uma vez instituída (a concorrência entre grupos para dominar a representação) resulta na desagregação dos trabalhadores - justamente o que o sistema de liberdades e garantias sindicais tem por finalidade combater.

Nessa ordem de idéias, nos parece que não se trata de fomentar a concorrência representativa por uma «singular posição jurídica»⁶¹, mas não intervir na posição jurídica dos fluxos das singularidades, isto é, não se colocar no meio do caminho da confluência a que os atores do trabalho

59 A jurisprudência norte-americana entendeu que inclusive um só trabalhador pode praticar «atividade combinada» [*National Labor Relations Board - NLRB X City Disposal Systems Inc.*, 465 US 822 (1984)]. Cfr. SHIEBER, 1988, p.37.

60 Artigo 6.1 de Lei Orgânica n. 11/1985. «Artigo sexto 1. A maior representatividade sindical, reconhecida a determinados sindicatos, lhes confere uma singular posição jurídica para efeitos, tanto de participação institucional, como de ação sindical».

61 Prevista no artigo 6.1 da Lei de Liberdade Sindical espanhola, para os sindicatos que consigam atingir os índices estabelecidos para a «maior representatividade» sindical.

tendem a alcançar. Se por um lado, a ‘maior representatividade’ é um conceito transcendente, por outro, a ‘singular posição jurídica’ é sedentária, procede à paralisação dos poderes constituídos da representatividade. Enfim, antes que falar em concorrência, melhor é agenciar formas de ‘co-ocorrência’ sindical.

4. «Transversalidade presentante»

Outra consequência que se pode inferir da primazia da «presença» em detrimento da representação, na perspectiva da procura de adequação e eficácia política dos trabalhadores, é a fuga do modelo cartesiano, do plano das coordenadas binárias, que pressupõe a operação das abscissas e ordenadas do sujeito coletivo do trabalho, isto é, o modelo que funciona desde a equação da dicotomia entre sindicato horizontal e sindicato vertical, entre profissionalismo e indústria⁶².

Contra esse modelo de representação cartesiano, pode-se tentar evoluir para um «plano de consistência transversal» de configuração do sujeito coletivo do trabalho, que consiste em conceber a radical «transversalidade» do sindicato. Isso não significa escolher apenas o sindicato como o ‘presentante transversal’ do trabalho, mas, pelo contrário, enfatizar a «transversalidade presentante» da «multidão» que trabalha sob o domínio do capital. Isto é, trata-se de por relevo no medium, e não no sujeito representante. Em outras palavras, a «transversalidade presentante» é o enfoque do sujeito coletivo como «plano de consistência», como base de facilitação do deslocamento jurídico da potência dos muitos, e não como personalização do agente ou da vanguarda dos interesses coletivos.

O dualismo entre profissionalismo e indústria é insuficiente para abranger a totalidade da produção contemporânea, que é «biopolítica»⁶³, que

62 Ricardo Pedro Ron Latas procede à seguinte precisão conceitual: “Nas classificações doutrinárias dos sindicatos que levam em conta critérios organizativos ou estruturais, destaca aquela que, ‘atendendo à qualidade de seus associados’, distingue entre: 1) sindicatos que associam a trabalhadores ‘por ramo de produção... independente de suas qualificações profissionais; 2) sindicatos ‘que se filiam às qualificações profissionais... com independência do ramo de atividade... em que prestem os serviços’. Com relação à primeira das ditas categorias, a doutrina é aparentemente pacífica ao atribuir-lhe os qualificativos de «sindicatos verticais» ou de «indústria»; por outro lado, a adjetivação doutrinária, com relação à segunda categoria, já não resulta unânime. Assim, enquanto alguns autores se referem a este tipo de sindicatos como «de ofício», «agremiais» ou «de franjas», outros preferem utilizar termos tais como «sindicatos horizontais» ou «profissionais», quando, na verdade todo eles se estão referindo – como afirmam Alonso Olea e Casas Baamonde – a um mesmo fenômeno, isto é, ao de sindicatos que acolhem em seu seio a trabalhadores que «trabalham no mesmo»”. Cfr. RON LATAS, 2003, pp. 1-2.

63 Segundo Giorgio Agamben, Foucault definia o termo «biopolítica» como a crescente implicação

não se paralisa na fábrica, ou em um ramo específico de produção material, nem se limita a uma categoria específica de trabalhadores e também não estabelece um limite claro entre produção e consumo, entre trabalhador e consumidor. O trabalhador é consumidor, e o consumidor é trabalhador, o que acaba, inclusive, por criar dois pólos de sujeição da «multidão» - trabalho e consumo. A exploração é, nesse sentido, pelo menos duplicada.

A «transversalidade presentante», a partir do enfoque da dominação desmedida por parte do poder constituído do capital, pode superar as linhas de segmentação dos trabalhadores, tornando ‘trabalho’ e ‘consumo’ solidários e coesos, numa rede de «consistência» social, isto é, no sentido de uma mobilização dos conceitos de *netware* e *wetware*⁶⁴, não para a produção, mas a «organização» mesma dos trabalhadores.

Nessa ordem de idéias, o que se propõe é uma espécie de retorno à empresa ou à ‘laborilidade’⁶⁵ da ação sindical, em que o contraponto à atuação política e parlamentar, junto dos poderes constituídos, não se faz mais através de um retorno à fábrica, à produção da grande indústria fordista, mas como retorno desdobrado, isto é, tanto um retorno ao espaço agora desterritorializado da empresa, como ao mundo sócio-cultural do trabalhador, à sua vida privada, à sua intimidade, em outras palavras, um

da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos do poder. Explica que Foucault fala que para Aristóteles o homem era um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; já para o homem moderno está em questão política o fato de ser vivente. (AGAMBEN, 2002, p. 125).

Para Agamben, Karl Löwith (LÖWITH, k. *Der okkasionelle Dezisionismus von R. Schmitt*. In: *Sämtliche Schriben*: Stuttgart, 1984, V. VIII) foi o primeiro a definir como “politização da vida” o caráter fundamental da política dos Estados totalitários, ressaltando também a contigüidade entre democracia de massa e totalitarismo, seguindo a senda de Carl Schmitt. (AGMBEN, 2002, p. 126-127). Anota Agamben a seguinte passagem de Foucault: “O direito à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades, o ‘direito’ de resgatar, além de todas as opressões ou ‘alienações’, aquilo que se é e tudo o que se pode ser, este ‘direito’ tão incompreensível para o sistema jurídico clássico, foi a resposta política a todos estes novos procedimentos do poder”. (FOUCAULT, *A volunté de savoir*. Paris, 1976, p. 128 - apud AGAMBEN, 2002, p. 127).

64 *Wetware* e *netware* são termos correlatos. O primeiro diz respeito à capacidade individual de operar os sistemas de *hardware* e *software*, capacidade essa que é desenhada a partir do ponto de vista do usuário ou consumidor, de forma interativa. A ênfase aqui é no trabalho e a inovação a partir do consumo. *Netware* é a perspectiva coletiva dessa mesma interação com o consumo. Cfr. COCCO, 2003, pp. 9-10.

O economista Moulier Boutang concebe o *wetware* como a atividade viva e individual de atenção humana, que mobiliza as linguagens de máquina através de sua própria linguagem; *netware* como a dimensão coletiva da atenção e lealdade humanas para instituições e empresas. No entanto reconhece que isto já estava presente na produção fordista, mas na produção contemporânea se transforma de um problema de coordenação da atenção e lealdade, para um problema de comunicação, isto é, de um uso novo da linguagem e da rede. Cfr. MOULIER-BOUTANG, 2004, pp.54-55.

65 Segundo nos indica Antonio Baylos essa foi uma das conclusões do 8º Congresso de central sindical espanhola CCOO (*Comisiones Obreras*). Cfr. BAYLOS, 2004(b), p. 100

retorno renovado à produção «biopolítica», na qual, v. g., o trabalho da mãe no lar é tão valorizado como o trabalho masculino dentro da empresa⁶⁶. Como apontam Negri e Hardt há na «multidão» uma espécie de princípio de ‘igualdade de oportunidades da resistência’⁶⁷, fundado na idéia de luta comunal de todos os que trabalham direta ou indiretamente sob o domínio do capital.

A «transversalidade presentante» possibilita também outro tipo de resposta à necessidade que a doutrina sindical detectou para “criar uma regra de irradiação da potência sindical substitutiva da capacidade representativa dos trabalhadores quando não existe presença organizativa nem representação legal”⁶⁸. O que se propõe é articular a «organização» de todas as formas de trabalho, e com isso privilegiar um sindicalismo de coesão – *rectius*: de «consistência» - e inclusão ao mesmo tempo, que possibilite a cooperação e desenvolvimento de potências de gêneros, raças, etnias e culturas⁶⁹. Observam Negri e Hardt, que “a velha distinção entre lutas políticas e lutas econômicas se transforma em um mero obstáculo para a compreensão das relações de classe. De fato, classe é um conceito biopolítico, e ao mesmo tempo econômico e político”⁷⁰.

Neste processo de irradiação, que é também uma forma de expansão⁷¹ do sujeito coletivo, a «transversalidade presentante» não se reduz a um procedimento de agregação transcendente, isto é, a um processo de incorporação de outros coletivos limitado a categorias homogêneas, ou a trabalhadores de ramos produtivos similares. A homogeneidade funciona por transcendência, pois necessita fazer a diferenciação do representante, dotá-lo de poderes especiais, transcendentes, para assegurar, na transcendência dessa representação diferencial, a força do coletivo, força essa que é, assim, transmutada em poder constituído da representação, isto é, a potência expansiva e imanente da «multidão» se paralisa no poder constituído do representante.

66 Cfr. NEGRI e HARDT, 2004(d), p. 139

67 Cfr. NEGRI e HARDT, 2004(d), p. 135

68 Cfr. BAYLOS, 2004(b), p. 100

69 Para Negri e Hardt a “classe está determinada por luta de classes. (...) nesse sentido, ‘raça’ não é menos um conceito político que ‘classe econômica’. Nem a etnicidade, nem a cor da pele determinam a raça, que fica politicamente determinada pela luta coletiva. (...) Resumindo: a classe é um conceito político, porquanto uma classe não é nem pode ser outra coisa mas uma coletividade que luta em comum”. Cfr. NEGRI e HARDT, 2004(d), p. 132

70 Cfr. NEGRI e HARDT, 2004(d), p. 133

71 Observa Maria Fernanda Fernández López que é “um fato rico em conseqüências teóricas e práticas, e além disso aceito sem discussão, o que o sindicalismo é um fenômeno expansivo”. Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1982, p. 275.

A expansão na superfície da «transversalidade presentante» tem de ser pensada em outra ordem, v. g., na ordem topológica, que se processa por mecanismos de torções sem ruptura, e que preservam as propriedades básicas da «multidão» que atua em «comum»⁷². Da mesma maneira que seu correlativo fenômeno da deslocalização da empresa contemporânea, que se opera de forma topológica – isto é, com preservação das características de controle originário, a despeito das torções produtivas e territoriais - o sujeito coletivo do trabalho tem de se fundar através de um processo de deslocalização por «conexão» transversal, e não por transcendência vertical. Isto é, através um processo no qual a potência das singularidades não seja transferida para uma entidade «retorrializada»⁷³, através do expediente da representação de grau, dito, superior.

A representação transnacional⁷⁴, ou nacional, federada ou confederada, ou tudo quanto se denomine personalidade sindical complexa⁷⁵, importa um processo de transmissão de potência originária das singularidades para cima, para entidades sindicais superiores, processo que implica uma perda

72 Negri e Hardt observam que o «comum» “não é sinônimo de uma noção tradicional de comunidade ou de público: se baseia na ‘comunicação’ entre singularidades, e emerge graças aos processos sociais colaborativos da produção. O indivíduo se dissolve no marco unitário da comunidade”. Cr. NEGRI HARDT, 2004(d), p. 241.

73 Na chamada geo-filosofia de Deleuze e Guattari, o pensamento é a ‘dupla articulação’ entre «terra» e «território». Cfr. DELEUZE y GUATTARI (1992-1997) p. 113. O primeiro é o reino da liberdade no «platô» do pensamento, no «plano de consistência». «Território» é a esfera do poder constituído, da soberania, que busca a todo momento ‘reterritorializar’ todos os níveis de liberdade, sejam políticos, sociais, econômicos ou filosóficos. A terra é o «platô» - *plateaux* - o plano de consistência ou imanência, que não pressupõe nenhuma transcendência. Mas neste platô se operam fenômenos de «estratificação», que são benéficos por um lado, e lamentáveis desde muitos outros. As camadas territoriais bloqueiam as ‘linhas de fuga’ da *terra*, aprisionam suas intensidades e virtualidades para constituir territórios. O território é uma captura, funciona como um buraco preto que procura reter tudo que passa no seu alcance. O território é uma demarcação na *terra*, uma demarcação de poder, um limite, uma fronteira no pensamento. A ‘dupla articulação’ do pensamento se dá por meio de dois processos: «desterritorialização» e «reterritorialização», que podem ser relativos ou absolutos, pois o pensamento deleuzeano é o pensamento da prudência pragmática, da razão que reconhece seus limites, e que não pode ser mais ingênua. A desterritorialização compreende um movimento do ‘território’ para a ‘terra’. A desterritorialização *in loco*, excede o território, e se constitui de movimentos em ‘linhas de fuga’, que coincidem com os movimentos nômades. A reterritorialização é a outra cara, o movimento em direção ao território.

74 Especialmente com relação às entidades de trabalhadores internacionais, é importante operá-las desde a perspectiva de que o capitalismo tardio é um fenômeno internacional, isto é, devem ser mais consideradas enquanto cooperação internacional entre operários, que como estrutura hierárquica sindical sedentária. Cfr. CARRIL VÁZQUEZ, 2003, p. 2 e especialmente sobre os obstáculos à solidariedade internacional entre trabalhadores *Ibid.*, pp. 4-16.

75 Maria Fernanda Fernández López anota que a legislação espanhola considera as organizações sindicais complexas “como um conglomerado de pessoas jurídicas ou, para ampliar ainda mais a hipótese e abranger, de passagem, hipóteses que em nossa realidade marcham decididamente nessa direção, abre a possibilidade para que as grandes organizações acabem por converter-se nisso”. Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1982, p. 276

de força da potência originária da base, justamente pelo aumento do grau de intromissão da instância superior⁷⁶. Fenômeno que se agrava a cada passagem de nível no seio do processo de representação transcendente. Nesse modelo, o sistema sindical não se expande propriamente, mas se reproduz como cópia e ‘decalque’ do poder constituído do profissionalismo da representação – que pressupõe o dirigente-profissional desconectado do centro de trabalho, ao contrário de privilegiar a laboralidad mesma da potência dos trabalhadores.

O que é decisivo considerar num modelo que pretenda a «desterritorialização» do sujeito coletivo, é ampliar os fluxos e a extensão transversal de potência dos trabalhadores, e não o processo de verticalização representativa. A verticalização, em sim mesma, não significa, de forma alguma, aumento de força. O que importa, se se quer traduzir a expansão da organização operária em termos de aumento de potência coletiva, é a multiplicação das virtuais «conexões» entre os muitos - rich-get-richer phenomenon das ‘redes sem escala’⁷⁷.

Em outras palavras, trata-se de privilegiar o procedimento de desdobramento da imanência, da expansão topológica, por meio de um processo que pode ser nomeado de «decalcomania»⁷⁸ dos grupos, pois não procede como um ‘decalque’ de pura repetição representativa, mas como desdobramento, através de «conexões heterogêneas», que reúnem em um mesmo fluxo as várias formas, instâncias e entidades de representação de todos os gêneros, raças, etnias e culturas⁷⁹ de trabalhadores e de todos os ramos e lugares

76 Principalmente em relação à afiliação e extensão do poder disciplinar das instâncias superiores. Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1982, p. 302

77 Formulado pelo físico Albert-László Barabási na esfera da nova teorias das redes. Em apertada e metafórica síntese, poderia se dizer que esse princípio é o princípio de que as águas correm sempre para o mar. O modelo de ‘redes sem escala’ foi formulado por Barabási. Seu modelo está baseado na regra ou ‘fenômeno rico-mais-rico’ (*rich get richer phenomenon*). Isso significa que quanto mais conexões tem um nó, mais oportunidades tem de ter outras. Nesse sentido as redes não são igualitárias, pois há uma vinculação preferencial. Cfr. BARABÁSI, 2002, pp. 79-82. O nome ‘sem escalas’ vem da representação matemática da rede, que segue uma curva denominada *power-law*, também conhecida como ‘lei de Pareto’, ou ‘regra 80/20’, em referência a uma razão de proporção que ocorre com frequência em vários fenômenos. Cfr. BARABÁSI, 2002, pp. 66-71

78 A representação e a reprodução procedem por *decalque*, por cópia. O ‘decalque’ - *décalque* reproduz o mesmo, reterritorializa seus movimentos nômades, sedentariza e identifica o sujeito da representação. A simulação experimental é rizomática, procede por exploração do mapa, do território, mas o ‘decalque’ é o simulacro que reproduz o ‘território’; o ‘decalque’ procede por reterritorialização e pressupõe uma transcendência, isto é, uma separação entre representante e representado. Ao tipo especial de conexão heterogênea e espiral, em distinção à reprodução homogênea e circular do mesmo, se dá o nome de «*decalcomania*», isto é, é a imanência do sujeito coletivo.

79 Que é o caso dos trabalhadores industriais do mundo (IWW ou o *Wobblies*). É uma associação

de produção - seja industrial, urbana e rural⁸⁰ -, formando o «plano de consistência» transversal, o «feltro liso» deleuzeano, por onde se deslocam a potência e as linhas de fuga da «multidão».

A «transversalidade presentante» é, portanto, a concepção «rizomática»⁸¹ do sujeito coletivo, e o que nos parece mais adequado, na atualidade fenomênica da produção «biopolítica», frente aos problemas de efetividade da potência na luta no plano do trabalho; é, nesse sentido, o traço mais marcante da «multidão» concebida como tal.

internacional estabelecida atualmente em Cincinnati, Ohio, nos Estados Unidos. Seu ideário é próximo aos enfoques anarquistas. Os *Wobblies* defendem a existência de uma única associação. Estão fundados a partir de um forte apelo à democracia participativa. No site dessa associação, se pode ver suas características principais: “O IWW, a diferença da posição de outras associações, acha que os problemas da classe operária não podem ser solucionados pedindo mínimos para os patrões ou rogando favores aos políticos. Enquanto luta para condições melhores hoje, o IWW insiste que seja dado direito, à gente que trabalha, tudo que produz, em vez de uma parte pequena parte.(...). No esforço por unir o trabalho como classe em uma grande união, o IWW também tenta construir a estrutura de uma nova e melhor ordem social dentro da casca do velho sistema que não pode suprir as necessidades de todos. Quem pode se afiliar? Qualquer assalariado pode levar um cartão de sócio IWW. Não se barra nenhum trabalhador devido à raça, religião, nacionalidade, sexo (...) É o IWW é dual? Não. O IWW é a única união que organiza a trabalhadores como classe, em vez de reunir-se o trabalho nos grupos pequenos que guerreiam lado a lado para a vantagem única da classe empregadora. (...) O IWW é uma fortaleza da democracia. Quanto às regras de maioria de votos, são de respeito escrupuloso para o direito de uma minoria e suas diferenças. (...) Uma pedra angular do IWW é a crença de que a tropa deve controlar a união e a seus oficiais, em vez de ser controlada por eles. Nenhuma união pode ser a tropa que limita a liberdade de seus membros ou minorias de cabrestos e regulamentos desnecessárias. (...) Como se salvaguarda a Democracia? Quanto à estrutura a constituição do IWW protege fortemente a democracia, mas acreditamos que nenhuma lei idealizada pode assegurar ou conservar democracia se a vontade política se perde. A raiz da liberdade não é a lei, que a gente pode mudar, mas gente mesmo” (tradução livre). No site da associação há uma ampla bibliografia eletrônica, além disso, uma excelente indicação bibliográfica. Disponível na seguinte direção, com último acesso em 04/10/2006: <http://www.iww.org/>

80 Exemplar disso é o Movimento do Trabalhadores sem Terra do Brasil – MST.

81 A idéia de «rizoma» foi pensada por Deleuze & Guattari como uma espécie de modelo - por oposição ao modelo de árvore chomskyano - das multiplicidades (DELEUZE & GUATTARI, 1995, p. 8). No pensamento deleuzeano, as multiplicidades - no plural - são a própria realidade (*Ibid.*, p. 8). A filosofia seria, então, a teoria das multiplicidades (DELEUZE(1996) p. 49). A racionalidade pós-estruturalista não é linear, nem dicotômica, mas pivotante, como a estrutura do rizoma. Para os autores, a lógica binária e as relações biunívocas dominam a psicanálise, a lingüística, o estruturalismo e inclusive a informática, e essa é a realidade da árvore-raiz (DELEUZE & GUATTARI, 1995, p. 13). A figura do *rizoma*, tomada da botânica, foi utilizada para marcar uma diferença com a idéia de *árvore-raiz*: com uma base, um fundamento e uma estrutura linear de desenvolvimento. Estão contidos nessa estrutura princípio, meio e fim (*Ibid.* p. 33). Há aí também a idéia de dicotomia - árvore-raiz. Se tivesse sido escrito alguns anos depois, a idéia da rede mundial de computadores - a internet - seria, sem dúvida, um exemplo de rizoma para Deleuze. É interessante observar que no último texto de Deleuze, o tema tratado são justamente as interações entre atual e virtual (DELEUZE,1996, p. 49).

5. A representação dual e a «representação multitudinária»

No sentido em que se desenvolveu a desconstrução crítica da idéia de representação no tópico anterior, só nos resta concluir, portanto, que não é preciso pensar em um ente especialmente dotado de uma essência e vocação para a representação legítima dos trabalhadores. Como a representação é sempre a cópia, ou «decalque» das singularidades que pretende representar, ela transcendente, trai e traz sempre consigo uma perda intrínseca de legitimidade; implica sempre algum grau de impostura e de desperdício bruto de potência.

Com esses cuidados teóricos, e com essas preocupações pragmáticas, é possível pensar, sim, em um estatuto da representação multitudinária dos operários, mas que se guie desde a noção de «representação multitudinária». Para efeitos didáticos, nos parece produtivo tomar o sistema espanhol de representação, principalmente desde sua característica de dualidade⁸².

Como observa Antonio Baylos, a jurisprudência espanhola antes optou por uma interpretação orgânica que funcional do termo atividade sindical, com o fim de restringir a titularidade do direito fundamental de liberdade e de escolha sindical, considerando que “a vulneração das normas relativas à representação eletiva e unitária não implica em vulneração à liberdade sindical”⁸³.

Uma primeira observação que se pode fazer sobre essa dualidade, é que esse esquema funciona desde o ‘decalque’ do sujeito coletivo, isto é, se perde na circularidade da discussão em torno do legítimo representante, em lugar de preocupar-se com a efetividade da organização da potência dos trabalhadores.

É certo que a própria dualidade do sistema da representação unitária e plural não é, ela mesma, fechada num tipo de dicotomia dualística ou disjuntiva. O sistema de representação unitária, na Espanha, se desdobra em comitês de empresa, delegados de prevenção, comitês intercentros, comitês

82 Antonio Baylos explica que no “caso espanhol se sobrepõem como formas representativas dos interesses dos trabalhadores na empresa dois tipos de organismos. De um lado, a (i) representação coletiva e unitária, de base eletiva, criada pela lei – o Estatuto dos Trabalhadores – a que se denominam comitês de empresa e delegados de pessoal, e de outro, (ii) a representação sindical propriamente dita, seções e delegados sindicais, que desenvolvem a atividade do sindicato na empresa”. O sistema espanhol é concebido expressamente como dual pela jurisprudência (STC 118/1983, de 13 de dezembro). Cfr. BAYLOS, 2004, pp. 31-32.

83 Doutrina que remonta à decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (STC118/1993) e que está fundada no argumento sistemático da base constitucional do sindicato, contra a raiz legal do comitê de empresa. Cfr. BAYLOS, 2004(a), p. 33

de grupos de empresas e comitês de empresas europeus⁸⁴, que interagem entre si, e com as seções sindicais (órgãos dos sindicatos), do mesmo âmbito ou de graus superiores. Ou seja, a própria representação unitária se relaciona de forma múltipla (ainda que hierárquica) com os demais níveis dessa representação. Além disso, essas representações unitárias no local de trabalho tem articulação com a representação plural (no sistema espanhol) dos sindicatos, sejam os que detenham a singular posição jurídica da maior representatividade, sejam aqueles com representatividade comum.

Nesse sentido, inclusive, a idéia da ‘maior representatividade’, prevista no sistema espanhol, apesar de seus traços de transcendência que sublinhamos no tópico anterior, nos parece, ainda assim, mais adequada a uma «descentralização consistente» dos trabalhadores, que a do sistema norte-americano da eleição do «representante exclusivo» (*exclusive representative*)⁸⁵, que está fundada radicalmente nessa lógica competitiva e excludente, a que já nos referimos, e que é prejudicial à potência dos trabalhadores. O representante majoritário representa sempre com algum grau de impostura⁸⁶, já que a representação está conectada ao voto, o que faz considerar que as minorias não se fazem nem sequer propriamente representadas pelo representante majoritário. É justamente nesta ordem de consideração, que a dualidade complexa do sistema, ao concatenar a potência dos fluxos sindicais da representação plural, com a coesão da representação unitária, pode ser vista como menos excludente, com menor desperdício de potência política, e com maior grau de democratização e possibilidade de adquirir «consistência» reivindicatória.

De outra parte, parece interessante, no modelo norte-americano, o fato de que qualquer sindicato, de qualquer categoria, profissão ou categoria possa apresentar-se às eleições para representante único à negociação⁸⁷. Não se pressupõe ‘maior representatividade’, nem qualquer

84 Cfr. BAYLOS, 2004(a), pp. 34-36

85 Previsto na seção 9.a. da NLRA: “*Sec. 9 (a). Representatives designated or selected for the purposes of collective bargaining by the majority of the employees in a unit appropriate for such purposes, shall be the exclusive representatives of all the employees in such unit for the purposes of collective bargaining in respect to rates of pay, wages, hours of employment, or other conditions of employment*”. (Representantes designados ou selecionados para os propósitos de negociações coletivas pela maioria dos empregados, em uma unidade apropriada para tais fins, deverão ser os representantes ‘exclusivos’ de todos os empregados dessa unidade para os fins de negociações coletivas a respeito de salários, jornada de trabalho ou outras condições do emprego”).

86 No sistema norte-americano, o «representante exclusivo» representa todos os empregados, inclusive aqueles que votaram contra esse sindicato. Cfr. SHIEBER, 1988, p. 74.

87 É o que nos relata Benjamín Shieber, a partir da interpretação da seção 9.a., da NLRA, que não

sentido de similitude ou homogeneidade⁸⁸, ou mesmo ‘representatividade simples’. Essa, perspectiva, contribui, de forma mais eficaz a um tipo de «apresentação transversal», conectando os «heterogêneos» da «multidão» trabalhadora.

O essencial na operação de um sistema de representação dual dos sujeitos coletivos, para não perder de vista a riqueza da complexidade e da multiplicidade da «multidão» que trabalha, é justamente explorar essa dualidade não como disjuntiva, mas como alternativas – no plural –, como combinatórias, sem perder a necessidade pragmática de coesão e consistência, isto é, operar esse sistema à luz da idéia deleuzeana de «todo múltiplo». Nesse sentido, a representação unitária, nos parece, tem um potencial importante, justamente no sentido de agenciar “a unidade da classe nos lugares de trabalho”⁸⁹, na qual se apresenta não como um ente sindical, entidade sedentária e formalizada, mas como “organismo sindicalizado”⁹⁰.

Por outro lado, a própria pluralidade sindical não significa necessariamente um exercício de «multiplicidade», já que como advertem Deleuze e Guattari, mesmo a multiplicidade pode configurar-se de forma arborescente e não-«rizomática»⁹¹. A multiplicidade sindical arborescente está enraizada, por exemplo, na representação, no «exclusive representative» do direito norte-americano, no sistema hierárquico e na concorrência sindical.

O que primeiro é preciso considerar numa equalização multitudinária desse sistema dual, é que a forma-grupo de empresas é determinante⁹² na

há qualquer tipo de restrição ao «representante exclusivo». Cfr. SHIEBER, 1988, p. 74.

88 A categoria ou similitude é o princípio adotado pelo sistema de sindicato único do Brasil, conforme consta do art. 8º,II da Constituição do Brasil (Art. 8º,II: é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município), que procedeu à recepção do artigo 511, do estatuto do trabalho de 1943 (CLT), que prevê a categoria profissional ou similar como critério para a afiliação.

89 Antonio Baylos em conversa com o Deputado do Parlamento da Catalunha, José Luis López Bulla. Cfr. BAYLOS, 2003, p. 230

90 Cfr. *Ibid.*, p. 230

91 “As multiplicidades são rizomáticas e denunciam as pseudomultiplicidades arborescentes. (...) Uma multiplicidade não tem sujeito nem objeto, mas unicamente determinações, tamanhos, dimensões que não podem aumentar sem que ela mude de natureza (as leis de combinação aumentam, pois com a multiplicidade)”. Cfr. DELEUZE e GUATTARI, 2002, p. 14

92 “A «empresa em forma de grupo» continua sendo o modelo dominante de organização da atividade econômica no mundo contemporâneo, não obstante as tensões a que se vê submetido com a proliferação de outra forma com a qual mantém contraditórias ou não lineares relações, a «empresa em forma de rede». (...) Fonte inesgotável de contradições, paradoxos e incertezas, o grupo, como

«pós-grande indústria», não só nas suas configurações mais irradiadas, mas também desde seus aspectos de interação entre consumo e produção – netwares e wetwares – isto é, a constituição «biopolítica» do grupo ou da rede-empresária. E desde essa perspectiva, a própria topologia da dualidade do sistema muda, para superar tanto o modelo disjuntivo entre representação unitária e plural, como também o traço de corporativismo orgânico, que enxerga a representação unitária desde uma perspectiva de ‘paz sindical’ no seio da empresa. A «torção» topológica nessa perspectiva consiste em conceber-se a representação no espaço-empresa como dobra, desdobramento de imanência coletiva, como «dupla articulação»⁹³ da «multidão» na empresa. É a canalização de fluxos de luta, de «máquinas de guerra»⁹⁴, e não a procura pela «verdade pactuada», ou pela eliminação de conflitos.

Uma vez considerada tal natureza do grupo posfordista, e suas implicações, não só sócio-econômicas, mas também culturais, se pode

típico modelo de ‘empresa coletiva subjetivamente articulada’ («polycorporatist network») e «ator» (corporate ator) protagonista das principais transformações do sistema econômico mundial, segue debatendo-se entre o «ser» e «não ser» ao mesmo tempo um ‘conceito jurídico típico’: a continuidade daquela atitude «abstencionista» por parte de um poder legislativo que rejeita atuar como «codificador» foi ao mesmo tempo acompanhada, em todos os países europeus, de uma mais significativa proliferação de «peças normativas», sejam legislativas, sejam judiciais, sejam convencionais”. Cfr. MONEREO e MOLINA, 2002, p. 1

93 A dupla articulação, a “lagosta de duas pinças”, o *double bind* (DELEUZE e GUATTARI, 1997a, p. 54) são termos recorrentes no texto desses autores.

94 A «máquina de guerra» de que nos falam Deleuze y Guattari está situada fora do Estado (DELEUZE y GUATTARI, 2002, p. 423, nota 1), ainda que circunstancialmente se possa confundir com as cabeças do aparato estatal. Nesse sentido, para eles o Estado moderno está apartado de suas potências originárias; a burocracia militar é uma forma de institucionalizar a «máquina de guerra», retirando-a de seu contexto nômade. O exército e as instituições militares não são, para esses autores, «máquinas de guerra», mas, sim, formas em que as potências coletivas são apropriadas pelo Estado. Sua tese está fundada em três axiomas: I – A máquina de guerra é exterior ao aparelho de Estado (DELEUZE e GUATTARI, 2002, pp. 359-384); II – A máquina de guerra é uma invenção dos nômades (na medida em que é exterior ao aparelho de Estado e diferente da instituição militar). Como tal, a máquina de guerra nômade tem três aspectos, um espaço-geográfico, um aspecto aritmético ou algébrico, um aspecto afetivo. (*Ibid.*, pp. 384-415) III – A máquina de guerra nômade é como a forma de expressão, da qual as metalurgias itinerante seriam as formas de conteúdo correlativa (*Ibid.*, pp. 415-422). Aqui os autores buscam demonstrar a conexão entre os povos nômades e o desenvolvimento tecnológico da metalurgia, especialmente a metalurgias bélica, que se caracteriza por uma espécie de imanência tecnológica, isto é, as transformações do metal em armas de guerra não pressupõe transformações segmentadas, pois se processam por um fio contínuo – *phylum* – de transformações). A «máquina de guerra» é concebida como uma invenção nômade, para a ocupação do espaço «liso». A guerra somente se apresenta para aniquilar as forças do Estado, destruir a forma-Estado. Quando o Estado captura a «máquina de guerra», há uma mudança de natureza e ela é agenciada contra os nômades, os destruidores da forma-Estado. Nesta condição, servindo à guerra dos Estados, ela deixa de ser a máquina dos justos. Por outro lado, contudo, a «máquina de guerra» não tem a guerra por objeto (*Ibid.*, pp. 417-418).

pensar em proceder à evolução de um sistema de «proximidade»⁹⁵ para um sistema de «simetria de representações»⁹⁶, evolução essa que evita perda de energia coletiva na negociação com o reconhecimento do grupo ou de seu correlativo na representação unitária do espaço-empresa. Isso permitirá que se queimem etapas, e se possa centrar nas reivindicações mesmas, isto é, facilita a que os trabalhadores se dediquem diretamente à própria reivindicação material de seus direitos sociais e econômicos.

O próprio reconhecimento da representação unitária na empresa-rede pode ser instrumentalizado como concessão, e, desse modo, ser servir como contrapartida, para a redução de direitos do trabalho.

A necessidade de uma «simetria de representações» faz lembrar - ao excluir da negociação o tema da representação mesma - que a dualidade de representação contemporânea se configura em um espaço-empresa que se concebe “antes de tudo como o lugar no qual se desenvolvem relações de poder entre sujeitos coletivos nas quais se integram as dimensões individuais e coletivas dos trabalhadores frente ao interesse do empresário e da organização que dirige (...) Como em todo espaço de poder, o aspecto da coação e da sujeição das pessoas é decisiva”⁹⁷. Em outras palavras, o espaço-empresa da empresa imaterial, não é um espaço dialógico, de procura de um consenso racional, mas um plano em que o trabalho sujeito se confronta ao poder constituído do capital, plano que condiciona todas as ordens de considerações que se façam com relação ao tema.

Não obstante, na evolução da passagem de um sistema puramente negocial a um sistema legal flexível, o que é importante fixar, em termos de uma articulação multitudinária da representação dual, é que, mais importante que formalizar legislativamente o correlativo sujeito do trabalho da empresa deslocada, reticular e desmaterializada, é que o reconhecimento jurídico desse sujeito não se veja condicionado à vontade

95 Segundo Monereo e Molina, grosso modo, há “3 regras gerais que caracterizam o atual modelo legislativo (espanhol) de ordenação das formas de representação dos interesses dos trabalhadores nos lugares de trabalho (...) a saber: 1ª preferência do legislador pelo exercício das concorrências de representação e/ou participação na gestão da empresa, legalmente previstas, através das estruturas representativas constituídas nos centros de trabalho; (...) 2ª Normatização das estruturas orgânicas de representação e participação no âmbito da empresa em grupo mediante a técnica da remissão legislativa à autonomia coletiva; (...) 3ª Princípio de incentivo à sindicalização da ação coletiva nos grupos, através de uma regra de remissão, não explícita, mas implícita à autonomia organizativa e de ação do sindicato”. Cfr. MONEREO e MOLINA, 2002, pp. 103-110.

96 Monereo e Molina defendem um sistema que regule expressa e diretamente a representação dos interesses dos trabalhadores nos grupos de empresa, evoluindo do modelo de auto-regulação a um regime legislativo promocional flexível. Cfr. *Ibid.*, p. 113.

97 Cfr. BAYLOS, 2004(b), p. 101

negocial do empresário. Há um adicional qualitativo entre um modelo que imponha uma simetria, desde fora, e outro que se caracterize pela não-intervenção e pela promoção de uma liberdade absoluta quanto às formas de reconhecimento jurídico, inclusive em relação à ação unitária das forças do trabalho na empresa. É preciso que a dualidade, no marco de uma «apresentação multitudinária», seja uma combinatória livre, um deslocamento fluído no medium e não uma mediação, seja essa mediação levada a efeito pela lei, seja pelo princípio do discurso jurídico.

O que se sustenta, portanto, é que a dualidade jurídica do sujeito coletivo tem de ser nômade e que se apresente como a dualidade entre o «comum» e a produção⁹⁸, refutando a dualidade sedentária da representação, que paralisa a dinâmica de ação dentro da empresa e estabiliza segmentos sem «conexões» entre a representação interna (organização no local de trabalho) e a externa (sindical), interditando as «conexões» entre o trabalho e a vida do trabalhador.

O estatuto da «apresentação multitudinária» da «multidão» é profundamente «biopolítico» e não se restringe à empresa – mesmo ao se considerar a empresa deslocalizada e imaterial. Este novo estatuto tem de se deslocar para todos os lugares das lutas sociais. Observam Negri e Hardt que, até hoje, “as lutas mais inovadoras dos agricultores, por exemplo, as da ‘Confédération Paysanne’ francesa ou o ‘Movimento Sem Terra’⁹⁹ do Brasil, não são lutas fechadas, limitadas a um só setor da população; na verdade, abrem novas perspectivas para todos em questões tais como a ecologia, a pobreza, as economias sustentáveis, e em todos os aspectos da vida”¹⁰⁰.

98 Sublinham Negri e Hardt que hoje “esta relação dual entre a produção e o «comum» – o «comum» produzido e também produtivo – é código para a compreensão de toda atividade social e econômica”. Cfr. NEGRI e HARDT, 2004(d), p. 232

99 É interessante assinalar o trabalho inédito de Virgínia Leite Henrique, sobre o MST como paradigma do movimento sindical. É especialmente destacável a seguinte conclusão de seu estudo: “Para fazer frente à nova reorganização produtiva que afasta o trabalhador do sindicato e, ainda, ao desemprego e à informalidade que não somente distanciam, mas também excluem o trabalhador de qualquer representação sindical, se propõe fundada na experiência do MST, uma nova roupa ao sindicato: de abertura, de inclusão e de agregação daqueles já excluídos pelo modo de produção vigente. Que o sindicato olhe a outra cara da globalização: a da inclusão e união, no lugar da dispersão e fragmentação. Como consequência de tal abertura para novos membros, deverá sustentar nova reivindicações, tornando-se a voz dos cidadãos, e não apenas dos trabalhadores formais. Se propõe, pois, que dentro dos sindicatos não se façam divisões, não se façam exclusões, não se façam categorizações, que o sindicato, ou o nome que lhe queiram dar, seja representante de todos, empregados, desempregados, aposentados, já que todos são fruto da mesma exploração e, portanto, germes da transformação social. Retomemos o velho Marx, globalizado... e o fantasma se alastrará pelo mundo”. Cfr. A organização do MST como paradigma para o movimento sindical não o Brasil - Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2005, p. 231.

100 Cfr. NEGRI e HARDT, 2004(d) pp. 155-168

Nossos autores observam, ainda, que nos “países capitalistas dominantes se lhes concedeu (aos sindicatos) um estatuto legal e constitucional a troco de que se dedicassem exclusivamente às questões econômicas do posto de trabalho e à negociação salarial, e renunciassem às reivindicações sociais e políticas. No paradigma do trabalho imaterial, no entanto, conforme a produção se faz cada vez mais biopolítica, esta consideração isolada das questões econômicas tem cada vez menos sentido”¹⁰¹.

Em resumo, o reconhecimento jurídico do sujeito coletivo não se opera em código de uma aptidão jurídica para representar, nem mesmo como aptidão legítima para tanto, e, sim, enquanto apetite concupiscível de «apresentação» da «multidão», enquanto seu impulso instintivo e imanente para a potência – «conatus»¹⁰² -, que não se limita ao espaço-empresa, mas parte desde a produção do «comum» para a vida. Enfim, antes que representação é performance.

6. Conclusões

1. No marco da «multidão» é mais operativo falar-se em «organização da apresentação» que da representação. Aqui, «organização» é entendida como «ordem-desordem-interação-organização», isto é, como uma organização complexa, uma nova ordem dos trabalhadores que não exclui o caos sindical, como uma organização essencialmente relacional e de interação, na qual a máxima complexidade da desordem sindical conterà a ordem, e a extrema complexidade da ordem conterà a desordem.

2. A hipercomplexidade da «apresentação» nômade dos coletivos produtores pode ser operada desde a «dupla articulação» entre «descentralização consistente» e «transversalidade presentante».

3. Não se trata de fomentar a concorrência representativa em busca de uma ‘singular posição jurídica’, mas de não intervir na posição jurídica dos fluxos das singularidades trabalhadoras. Se por um lado, a ‘maior representatividade’ é um conceito transcendente, por outro, a ‘singular posição jurídica’ é sedentária, procede à estagnação dos poderes

101 Cfr. *Ibid.*, p. 168

102 *Conatus, us*, significa esforço, empenho, impulso, tentativa. Cfr. SARAIVA, 2000, p. 265. Segundo Deleuze, para Spinoza, a ‘essência’ é um grau de ‘potência’, e é determinado como «conatus» logo ‘apetite’ ou disposição para preservar a existência, para perseverar na existência. Em outra determinação, o «conatus» é a tendência para manter e abrir ao máximo a aptidão - «aptus» - para ser afetado pela potência. Cfr. DELEUZE, 2002, p. 104.

constituídos da representatividade. Antes que falar-se em concorrência, melhor é agenciar formas de co-ocorrência sindical.

4. O essencial na operação de um sistema de representação dual dos sujeitos coletivos do trabalho, para não se perder de vista a riqueza da complexidade e da multiplicidade da «multidão» produtora, é justamente explorar essa dualidade, não como disjuntiva ou dilema, mas como alternativas – no plural –, como combinatórias, sem perder a necessidade pragmática de coesão e consistência. A representação unitária no local de trabalho tem um potencial importante, justamente no sentido de agenciar a unidade da classe nos lugares de trabalho, unidade essa que se apresenta enquanto unidade consistente.

5. O reconhecimento jurídico do sujeito coletivo não se opera em chave de uma aptidão jurídica para representar, nem mesmo de uma aptidão legítima para tanto, e sim enquanto apetite concupiscível de «representação» da «multidão», seu impulso instintivo e imanente para a potência – «conatus» -, que não se limita ao espaço-empresa, mas parte da produção em «comum» para a vida. Enfim, antes mesmo que representação é performance.

HUMANIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO PARA DAR-LHE O SEU VERDADEIRO SENTIDO.

José Gomes da Silva

Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor adjunto da Faculdade de Direito da UFGD.

Sumário: 1. A justiça e o homem. 2. Os sentimentos humanos, o direito e os juízes. 3. O homem comum e a justiça. 4. O justo e o eficaz. 5. Conclusão.

1. A justiça e o homem

O homem normal tem por vocação não viver só; necessário que haja cooperação mútua. Aristóteles já dizia que o homem é por natureza um animal político, destinado a viver em sociedade, não só em vista da existência material, mas, sobretudo, em vista da vida feliz.¹ Ninguém é feliz sozinho; o homem solitário, que nada precisa por bastar-se a si próprio é um bruto ou um deus.²

Na comunidade o homem atinge a realização de sua natureza; nesse plano, situa-se no diálogo; no plano individual é livre para comportar-se como melhor lhe pareça, atuando sempre, num e n'outro plano, uma virtude moral, centro de qualquer discussão ética.

Regrar a vida em sociedade constitui a finalidade do Direito, algo concreto dirigido ao homem, e não a um alheamento do espírito. É, pois, o Direito, criação do homem que a ordem legal reconhece e defende como título jurídico que acompanha todo ser humano.

A lei, enquanto justiça legal, é feita pelo homem e para o homem; logo, ele tem o dever de cumpri-la. Esse dever é o viver justamente e o

1 ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, 1999. E “Não é bom que o homem esteja só; far-lhe-ei uma auxiliadora que lhe seja idônea.” (Gênesis 2:18).

2 Tomás de Aquino afirma que o ser humano é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, mais que os outros animais, evidenciando, assim, sua natural necessidade. Por isso, os conflitos de interesses avolumam-se com maior complexidade, à medida que aumenta a população.

praticar todas as virtudes. Homem justo é o que obedece a lei, respeitando a igualdade; injusto é aquele que não se conforma com a lei e trata desigualmente os iguais.³ É uma disposição subjetiva que se forma com o esforço de cumprir seus deveres legais perante a sociedade.

O homem é um ser livre. Não simplesmente na racionalidade ou na imortalidade, mas na prerrogativa de se autocriticar livremente. Liberdade é um poder de ação. O homem “é o único ser que livremente pode ser mais do que já é por natureza. Não no sentido de que seja causa eficiente de si e que possa tirar a si mesmo do nada. Uma vez constituído na sua essencialidade básica de ser e existir, o homem continua inacabado, imperfeito, mas dispondo de larga margem de perfectibilidade e acabamento”.⁴

Essa liberdade faz do cidadão o responsável por suas ações que podem ser moralmente justas ou injustas quando praticadas voluntariamente, eis que as ações involuntárias não são justas nem injustas, são acidentais ou meras fatalidades. A subjetividade é que dá o caráter voluntário ou involuntário. Quando involuntariamente se mata uma pessoa, o ato é objetivamente injusto, mas não se está cometendo subjetivamente uma ação injusta⁵ ou imoral.

A natureza compele os homens a associarem-se. Por saberem discernir o bem do mal, o justo do injusto, ou outros sentimentos da mesma ordem, têm em mãos as armas que a natureza lhes dá: a prudência e a virtude. Sem virtude, é o homem o mais ímpio e o mais feroz de todos os animais.⁶

O legislador, responsável pela criação das normas de comportamento, deve sempre levar em consideração que o Direito é propriamente humano e assumir o compromisso com a verdade das coisas e com o progresso da justiça. A ordem jurídica é estabelecida não pelo arbítrio dos governantes, mas na necessidade de se administrar os problemas que afligem as pessoas, baseada em critérios éticos independentes do poder pessoal ou coletivo.

3 É certo que tratar igualmente a todos pode ser causa de grandes injustiças. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, consagra uma séria de medidas protetivas ao consumidor, vedando a inserção de cláusulas abusivas e a possibilidade de inversão do ônus da prova, em aparente desigualdade entre os direitos deste e do fornecedor, tudo em nome do poder econômico ou conhecimento técnico que este possui em face daquele.

4 PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *A dignidade do homem*. Trad. de Luiz Feracine. Edições GRD, 1988, p.XXIV.

5 PEGORARO, Olinto A. *Ética é justiça*. Rio de Janeiro: Vozes, 1995, p. 34.

6 CALMON DE PASSOS, J.J. diz que “O homem foi criado com a capacidade demoníaca de ser pior do que as feras, mas, também, com a capacidade extraordinária de ser maior do que os anjos”. (4º Congresso de Processo Civil e Direito Civil realizado em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, em março de 2005).

A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, inspirando-se em diversos autores, ensina que com as crescentes modificações sociais e políticas pelas quais passa o mundo atual, dentre outras a crescente massificação das relações jurídicas e o reconhecimento de que nessas relações nem sempre há paridade entre os sujeitos, o legislador é incapaz de acompanhar a evolução das instituições jurídicas, tal qual impõe a sociedade moderna. Preocupa-se, como observa a Professora, “o legislador, por isso, em elaborar normas que explicitem os objetivos de um determinado sistema (ou microsistema) jurídico, não mais se limitando a regular condutas. Eros Roberto Grau denomina estas normas de normas-objetivo, que são ‘normas que explicitam resultados e fins em relação a cuja realização estão comprometidas outras normas, estas de conduta e de organização. Paralelamente à incrementação dessas normas-objetivo, constata-se que a complexidade das relações jurídicas e a rapidez das modificações que tais relações experimentam impõe o surgimento de normas jurídicas *ainda mais gerais*, que trazem em seu bojo noções de conteúdo variável (de conceito vago ou indeterminado), a fim de possibilitar ao órgão jurisdicional aplicar a norma jurídica em atenção às *particularidades de cada caso*, particularidades estas insuscetíveis de serem reguladas minudentemente pelo legislador. Se, como afirmou Chaïm Perelman, ‘o recurso a uma noção vaga ou confusa aumenta, por esse próprio fato, o poder de interpretação daquele que deve aplicá-la’, intensifica-se, desse modo, o grau de participação do juiz na resolução dos litígios, porquanto este não mais se limita a simplesmente indicar a solução legal antecipadamente prevista no ordenamento jurídico para a solução de um problema. Assiste-se, assim, a um fenômeno que não pode ser desprezado, em boa dose decorrente da evolução da noção de Estado e de sua função desde o Estado liberal, passando pelo Estado social até chegar, hodiernamente, ao que se denomina Estado democrático, consistente num ‘salto de qualidade’ da atividade jurisdicional: se antes era essencialmente ressarcitória, o Poder Judiciário é chamado, cada vez mais, a certificar que as obrigações executadas judicialmente correspondem, sempre que possível, a exatamente aquilo que era devido”.⁷

Por sua vez, o juiz, ao proferir sua sentença, deve propugnar os valores humanos postos em jogo, prescindir de razões abstratas e vazias de lógica, elegendo caminhos verdadeiros que conduzam a humanização do direito.⁸

7 *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 72-73.

8 FARINA, Juan M. *Justicia ficción y realidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 221-222 (tradução livre).

O menosprezo pelos valores humanos torna o direito sem sentido, por subestimar o sentido que se deve dar a vida dos homens. Não se admite um direito que se esquece da importância que a realização dos valores tem (ou deve ter) em toda vida humana.

Inspirando-se em Jesús Ballesteros e Bérqson, Juan M. Farina⁹ lembra que a ordem jurídica é algo que só tem sentido quando se relaciona com o ser humano. É uma ordem vital e não uma ordem geométrica, inerte e automática.

Não basta ao juiz um profundo conhecimento teórico da lei e da jurisprudência. É certo que a formação pode contribuir, mas além da vocação, é essencial prudência, paciência, sensibilidade e bom senso¹⁰ para reconhecer o que é justo a uma composição satisfatória do litígio e revesti-la de roupagem jurídica.¹¹

Sendo impossível à lei prever toda a variedade de casos que surgem no dia-a-dia da vida do cidadão, as omissões devem ser corrigidas pelo aplicador, desempenhando, para tanto, uma função de complemento de virtude da justiça que é a equidade, ora flexibilizando, ora temperando a rigidez da norma, ora adaptando o fato ao seu conteúdo, sempre com o escopo de determinar o que é justo em cada situação particular. Vale lembrar a advertência de Aristóteles: “Chama-se julgamento a aplicação do que é justo.”¹²

Não se quer com isso dizer que o juiz não está vinculado à lei. Os objetivos dessa vinculação, que abrange também a doutrina e a jurisprudência, são inerentes ao Estado de Direito, com vistas a gerar uma jurisprudência iterativa e uniforme.¹³ Como diz a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier: “Assim, diríamos que a vinculação do juiz à lei se amolda por meio da doutrina e da jurisprudência, como se estes dois elementos desempenhassem uma função de ‘engate lógico’ entre a lei e os fatos.”¹⁴

9 Ob. e p. cites.

10 Bom senso é a aplicação da razão que o órgão julgante deve ter para julgar os casos particulares, buscando a justiça. É a chamada prudência objetiva, exigida pelo conjunto das circunstâncias fático-axiológicas, que deve ter o aplicador do direito, ou melhor, o poder competente para criar normas aplicando outras. (DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 429, v. I).

11 “A independência do juiz também é um dos postulados das culturas jurídicas modernas.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 100.

12 *A Política*. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Edipro, 1995, p.15.

13 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 100.

14 Ob. e p. cites. A mencionada autora, citando Niklas Luhman, diz: “O Juiz permanece vinculado à lei

Obter-se-á uma justiça boa com bons juízes, ainda que não sejam boas as leis. As deficiências destas podem ser superadas com critério jurídico e com a capacidade intelectual dos juízes que as aplicam, mas as deficiências destes tornam negativas as vantagens de boas leis. No panorama jurídico atual, muito mais importante é a marcha acelerada dos processos que eruditos fundamentos contidos na sentença. Se os jurisdicionados puderem escolher entre justiça rápida e boa ou justiça lenta, mas culta, certamente escolherão a primeira.¹⁵

Essa preocupação com a endêmica demora na prestação jurisdicional, fator de fortes críticas, não sensibilizou o legislador constituinte de 1988, tanto que não só ampliou o acesso à justiça, mas agregou positivamente que ela deve se dar em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Com isso, tornou indubitoso que o direito do cidadão ao processo, como método apto à composição do conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, “passou a ser recepcionado como um direito subjetivo constitucional, que poderá levar o Estado a indenizar pelo atraso injustificado da prestação jurisdicional”.¹⁶

E essa posição constitucional consubstancia-se no regime democrático de direito, privilégios concedidos à dignidade da pessoa humana e que corresponde à aspiração maior da sua existência.

Atentar contra a dignidade humana deve ser repelida com veemência, sendo obrigação de todos lutar contra situações desumanas, como o trabalho escravo, a exploração infantil, a insuficiência de moradia, a falta de saneamento básico etc.

Sobre os direitos fundamentais do homem José Afonso da Silva¹⁷ preleciona, inspirando-se em Pérez Luño, que se referem “a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.

– mas justamente não à legislação. Evidentemente, regras genericamente válidas continuam sendo indispensáveis no sistema. No entanto, a legislação e a jurisprudência participam do processo da formação e da modificação, da condensação e da confirmação de regras genericamente válidas.” (Ob. cit., p. 100-101).

15 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p.127.

16 PAVAN, Dorival Renato O princípio da efetividade e as modificações na execução por título extrajudicial: Lei 11.382/2006, *RePro* n. 155/154-194, jan/2008.

17 *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 159.

2. Os sentimentos humanos, o direito e os juízes

Na expressão de Juan M. Farina¹⁸, o juiz não pode deixar de reconhecer que muitos problemas de conteúdo pecuniário têm origem ou estão impregnados de grande emotividade, pois, geralmente, os sentimentos atuam como uma determinante. Do amor pode-se dizer tudo, e não se dizer nada. Tudo se dissolve no amor, tudo é solúvel para o amor. Resolve-se e dissolve-se toda a coisa numa espécie de resposta universal, a esperança de um convívio ideal, a virtude de um mundo de relações amalgamadas. O ódio separa, o amor une.

Que merecimentos têm as promessas do ser amado quando se descobre que elas não passaram de um engodo para obter vantagens econômicas? Certamente, a pessoa enganada sofrerá imensurável abalo sentimental.

Podem-se comprar roupas, automóveis, alimentos etc., mas não o amor e a amizade. Casa-se por dinheiro, mas esse matrimônio não é verdadeiro. O sexo está à venda, mas não conduz a uma relação sincera. Quem crê que o sexo está moralmente ligado ao amor e ao matrimônio, inclina-se a proibir a prostituição.

Dom Paulo Evaristo Arns abordando sobre a relação direito/justiça e conceituando caridade cristã diz que no amor baseia-se toda a justiça, toda a verdade e toda solidariedade. O conceito de amor é amplo a ponto de Jesus, respondendo a pergunta de um judeu sobre qual o maior dos mandamentos, respondeu: “Amarás a Deus de todo o teu coração, de toda a tua alma, com toda a tua força e, acima de tudo, ao teu próximo como a ti mesmo. Nisto consistem a lei e os profetas.”

Então, conclui o Arcebispo, “é o amor que engloba a justiça e não o contrário”.¹⁹

O amor é um sentimento; os sentimentos não podem ser qualificados como bens suscetíveis de apreciação pecuniária e, portanto, objeto de um contrato.

3. O homem comum e a justiça

A dignidade do homem é considerada como valor supremo do ordenamento jurídico (art. 1º, III, da CF). Esta concepção conduz ao

18 Ob. cit., p. 225-226.

19 *Uma nova ética para o juiz*. Obra coletiva. NALINI, José Renato (Coord.) São Paulo: RT, 1994, p. 174.

fundamento da ordem política, da paz e da justiça no mundo. A dignidade da pessoa humana deve atuar como freio frente ao exercício abusivo dos direitos.²⁰

O homem comum ao defrontar-se com uma demanda (seja como autor ou como réu), se sujeita a um estado de submissão pelo temor do desconhecido e pelo sentimento de respeito ou reverência diante da autoridade. O órgão e o aparato judicial lhe são algo estranhos; a linguagem, incomum. Juízes, advogados, representantes do Ministério Público e funcionários são os que falam, escrevem ou digitam a realidade existencial. O que ali ficou escrito é o que vale; o que não ficou, não existe.

É difícil para o homem comum entender isso, pois como cidadão livre, participa da comunidade e das decisões relativas aos assuntos comuns do seu convívio. Tem vaga idéia do funcionamento do aparelho judicial, embora se considere protegido por algo ideal, que é o Direito.

O Direito é formado por normas, não por seres humanos e, portanto, independe de abusos e defeitos dos seres humanos. Quando esses valores não se realizam, não falha o Direito, mas os humanos que os aplicam.²¹

Anota Juan M. Farina²², inspirando-se em Cichello, que um Código não é um conjunto de frases, senão o Direito compilado e obrigado, assim, a produzir um resultado mágico: segurança, justiça, ordem, paz etc, e a criação e invocação desse ser místico chamado Direito, não produz, não gera, não causa, não garante nenhum dos ‘valores jurídicos’ necessários.

Pode-se, então, afirmar, que o resultado mágico esperado é produzido por quem o aplica. Sem perder de vista a realidade sócio-jurídica, nem se utilizando método mecânico, como nas ciências exatas, o mister é solucionar o problema dentro da diversificada contingência dos fatos humanos. Não uma solução qualquer, mas aquela preocupada com a finalidade da regra, a consecução da justiça.

O estetoscópio é, para o médico, seu principal instrumento de trabalho; para o advogado, como aplicador do Direito, é toda legislação, ai incluídos os Códigos e, principalmente, a lei máxima, auferindo deles a melhor potencialidade a favor de seu constituinte, tendo sempre como alvo a justiça.

O papel do juiz é, hodiernamente, relevante. Deve exercer sua cida-

20 FARINA, Juan M. Ob. cit., p.227.

21 Ob.e p. cites.

22 Idem, p. 230.

dania em plenitude, comportar-se de maneira ilibada, condizente com a dignidade do cargo que exerce para espelhar modelo de conduta, dedicado e assíduo ao trabalho, dar o máximo de si e não negligenciar na solução dos problemas. Com devoção, intromete-se nos fatos da causa para compreendê-los e atuar com determinação na produção da prova, até encontrar alternativa adequada à verdadeira solução do litígio, fundamentando, com segurança e suficiência seus provimentos, mantendo a paz jurídica.

Da função não se pode embriagar, permitindo que a toga lhe confira prepotência e submeta os jurisdicionados, transformando-os em vassalos, o gabinete em seu trono e a Comarca em seu reino.

Não são raros os maus exemplos que se vêem por aí. Há juízes que baixam ordens de serviço violando regras processuais, como, por exemplo, exigir que os cônjuges, na separação consensual, assinem a petição em sua presença, quando já reconhecida por tabelião²³; outros se recusam terminantemente em receber advogados em seu gabinete de trabalho²⁴, esquecendo-se que, *ex vi legis*, juiz e advogado estão inseridos no mesmo plano hierárquico²⁵; há também aqueles que, por alguma dificuldade de relacionamento (juiz-advogado), o que é próprio da natureza humana, por qualquer motivo reputa comportamento atentatório ao exercício da jurisdição e impõe sanção pecuniária à parte, como meio indireto de atingir o advogado não abrangido pelo parágrafo único do art. 14 do CPC; e também aqueles que proíbem o acesso de pessoas com roupas esportivas, camisetas regatas ou de times de futebol e bermudas às dependências do fórum, porque entendem que esses trajes são incompatíveis com a dignidade do ambiente, esquecendo-se, porém, de que os excluídos da sociedade têm como única peça de roupa para vestir aquela camiseta regata e/ou aquela bermuda porque as ganhou de uma instituição de caridade no Natal, ou em de um político em época de eleição.

23 Dispõe o § 4º, do art. 34, da Lei n. 6.515, de 26.12.77: “As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão, obrigatoriamente, reconhecidas por tabelião.” Igualmente, o disposto no art. 1.120, § 2º, do CPC.

24 A letra VIII, do inciso VI, do art. 7º, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906, de 04.07.1994), dentre outros, estabelece que é direito do advogado “dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada.” E pior: Há aqueles que, mesmo sem ler, dizem em tom de prepotência: vou indeferir sua petição, doutor!

25 A advocacia é a única profissão que possui *status* constitucional, por força do art. 133 da Constituição Federal. Dessa forma, sendo indispensável à administração da Justiça, a Constituição alinha o advogado à magistratura e ao Ministério Público, daí porque o Estatuto da Advocacia e da OAB dispõe que “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”.

O juiz é médico capaz de identificar, a partir dos sintomas, a enfermidade que aflige o paciente, e receitar o remédio apropriado para o completo restabelecimento do doente.

Nesse diapasão, o juiz não pode errar²⁶; o seu erro produz injustiça, trás insegurança e indignação na comunidade, “prato cheio” para os veículos de comunicação. Mas isso não é motivo para exagerar no apego à perfeição; o erro razoável, qualquer ser humano não está imune de cometê-lo, basta ter a coragem de penitenciar-se e encontrar meios para corrigi-lo.

Deve fazer da humildade a sua referência e a revisão de seus equívocos não o tornará submisso e nem indicará insegurança ou fraqueza em suas posições. A postura de humildade, apenas engrandecerá a sua pessoa.

Propugnar, em todos os casos, por uma interpretação jurídica que conduza à conclusão mais justa do problema que lhe foi submetido para solucionar.²⁷ A sua formação jurídica, ética e filosófica lhe permitirá atuar com critério, prudência e equidade.

Decidir com equidade²⁸ sim. A sentença proferida com equidade predis põe conferir correta interpretação da norma jurídica, proporcionando um sentido moral à decisão e evita que se consagrem abusos em prejuízo de um ou de ambos os demandantes.²⁹ Muitas vezes invocam-se razões processuais para rechaçar o processo, quando possível sanar a deficiência³⁰, pois isto é contrário ao mais elementar princípio de justiça.

26 No exercício da jurisdição, o juiz não está imune a erros. Deve, no entanto, ter a coragem de assumi-los e corrigi-los.

27 SICHES, Luís Recaséns. *Tratado general de filosofia del derecho*. 9. ed. México: Porrúa, 1986, p. 647 e 660.

28 “A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedado se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução.” (RSTJ 83/168).

29 Decisão por equidade significa abrandar o rigor excessivo da lei positiva. “A equidade não destrói a lei, pelo contrário, a completa. Por isso, Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*, afirma que o equitativo é também justo e vale mais do que o justo em determinadas circunstâncias. É uma feliz retificação da justiça rigorosamente legal. A aplicação extremamente rigorosa de normas inflexíveis e invariáveis, não temperadas pela equidade, pode resultar em extrema injustiça.” (ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro*, apud VIOLANTE, Carlos Alberto M. S. M.. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Copola Editora, 2000, p. 37). É grande o arbítrio judicial ao se decidir por equidade, mas o juiz estará sempre circunscrito ao respeito àqueles princípios que regem o sistema jurídico brasileiro, de onde irá extrair a norma a aplicar ao caso concreto. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civi*, p. 13, v. III. Na expressão de Gabriel de REZENDE FILHO, “o juiz será, então, como que intérprete da consciência do povo”. *Curso de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 13, v. III.

30 O indeferimento sumário destrói a esperança da parte e obstaculiza o acesso à via judicial, constituindo desprestígio para o Judiciário. (RSTJ 110/96).

O juiz não está para a lei como o prisioneiro para o cárcere. Na sua função jurisdicional, ao aplicar a norma jurídica ao caso concreto, deve observar os “fins sociais a que a lei se destina” (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil) e, conseqüentemente, dar forma à letra fria da lei, transformando-a numa obra de justiça, de sensibilidade, de sabedoria e de caridade. Diante da letra injusta da lei, prevalece a sabedoria, o bom senso e a verdade.³¹

Não se quer com isso dizer que o juiz tem liberdade de decidir subjetivamente. A fase de arbitrariedade já não mais existe. A obrigação de motivar a decisão, dando as razões em que seu espírito assentou o convencimento, não vai ao arbítrio, pois a liberdade que tem para formá-lo (o convencimento) será exercida com respeito e condições que a lei lhe impõe.³²

Mas terá o juiz de ser criativo, reconhecendo princípios universais e direitos fundamentais assim considerados pelo padrão mundial. Em outras palavras: o juiz deve decidir com base nos princípios constitucionais, sem ignorar parâmetros mundiais, respeitando o povo cidadão³³ e os direitos constitucionais.³⁴

Isso não acontece em países onde não são reconhecidos princípios e direitos fundamentais. Nesses países, o juiz não está autorizado a afastar o

31 FUX, Luiz. Juizados Especiais – um sonho de justiça. *RePro* 90/151-158.

32 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 381, v.II.

33 Na lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, o conceito de cidadão, a exemplo da concepção dos mestres de Coimbra, é a pessoa humana no gozo pleno de seus direitos constitucionais e não única e exclusivamente ‘nacional no gozo de seus direitos políticos’. O cidadão brasileiro, portanto, possui igual dignidade social independentemente da sua inserção econômica, social, cultural e obviamente política. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*, apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 91, nota de rodapé n. 159.

34 “A idéia de que os vetores orientativos das valorações do juiz devem ser extraídos do *ethos* jurídico dominante na comunidade, cuja fonte de conhecimento, por excelência, são os princípios constitucionais, aparece de modo claro em Larenz: ‘A bússola das valorações do juiz (ou dos agentes da Administração) vê-a Zippelius ‘no *ethos* jurídico dominante na comunidade’ nas ‘concepções dominantes de justiça’. O *éthos* jurídico dominante’, não consiste numa soma de processos ao nível da consciência, mas no conteúdo de consciência de uma multiplicidade de indivíduos; é ‘espírito objectivo’, no sentido da teoria das camadas de Nicolai Hartmann. Fontes de conhecimento desse ‘*ethos* jurídico dominante’ são, antes do mais, *os artigos da Constituição relativos a direitos fundamentais*, outras normas jurídicas, e ainda ‘proposições jurídicas fundamentais da actividade jurisprudencial e da Administração, os usos do tráfego e as instituições da vida social; um ‘uso tradicional’. A normatividade do *ethos* jurídico dominante fundamenta-a Zippelius em que, uma vez que exprime a convicção da maioria, garante um ‘consenso ao máximo abrangente’.” (Apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 95-96).

ethos dominante local para empregar princípios universais.

É, por exemplo, o que acontece em muitos países africanos, onde é prática comum a mutilação de órgãos genitais femininos. Outro exemplo, o caso das freiras acusadas de participação no genocídio em Ruanda entre abril e julho de 1994, matando mais de 5.000 refugiados. Foram julgadas e condenadas *na Bélgica*, tendo sido considerado o fato, por organizações internacionais de direitos humanos, como um grande passo para a justiça internacional.³⁵

Não é sem razão a inquietude hodierna em busca de uma boa qualidade do provimento jurisdicional, sempre em homenagem à proclamação de uma justiça ideal, econômica e célere.³⁶ Essa preocupação levou os estudiosos a revisitar o dogma da coisa julgada, fenômeno até então intocável, capaz de criar uma outra realidade, a pretexto de perenizar sentenças injustas, absurdas e inconstitucionais.

A tendência é flexibilizar a *res judicata* em casos extremos, sem desvalorizá-la e nem causar danos à tranqüilidade social, como o ajuizamento de nova demanda investigatória da paternidade, quando a pretensão anterior foi julgada improcedente.

Não será fácil para o *homem da rua* compreender que a coisa julgada está privando o sujeito de ter um pai, quando pai é realmente o investigado, mas o juiz se convenceu do contrário. Uma vez recolhidas provas novas, ou havendo indícios de erro ou fraude naquelas produzidas no processo anterior, é possível a renovação da demanda investigatória para aquietação social até que sejam exauridos todos os meios de produção de prova, pondo fim a um estado de incerteza do *status familiae* do investigante, em respeito à dignidade da pessoa humana e a igualdade entre todas as categorias de filhos inseridas na Constituição Federal (§ 6º, inciso VII, do art. 227).

Os Tribunais vêm timidamente admitindo o ajuizamento de nova demanda investigatória da paternidade quando na anterior, julgada improcedente por falta de provas, não foi realizado o exame de DNA (ácido desoxirribonucléico).³⁷ Mas se há de convir que o exame hematológico pelo método do DNA não propicia absoluta certeza de vínculo genético entre os

35 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 91-92.

36 Embora parece que os povos contemporâneos estão abrindo mão do valor segurança, em troca de soluções que atendam mais de perto às efetivas necessidades a que devem responder. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 96.

37 REsp 226.436/PR – 4ª T. STJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

que submeteram seu sangue a análise, afastando a tecnologia atual desse meio de prova, a “aura de infalibilidade”, dando-lhe qualidade relativa, e não excluindo a possibilidade de erro e até mesmo de fraude.

A própria comunidade científica não atribui certeza absoluta ao exame, estando em evolução os estudos para que se possa afirmar ou negar a paternidade com exatidão, e um dos maiores problemas enfrentados pela ciência é a dificuldade de dados sobre a “população de referência”, ou seja, os fragmentos genéticos do filho, da mãe e do suposto pai, a serem analisados. É impossível estabelecer qual é a “população de referência” numa sociedade multiétnica.³⁸

Além disso, diante do inexpressivo número de informações genéticas que caracteriza relativo grau de probabilidade, o exame é passível de: 1º) falhas técnicas das etapas do sofisticado procedimento; 2º) descuido e a troca do material submetido à perícia, alterando os resultados do exame; 3º) alteração proposital do resultado do exame; 4º) laudo pericial incompleto e inconsistente.

Não se pode deixar de acrescentar que a legislação brasileira não estipula a quantidade de material a ser analisado. Em todos os procedimentos comparam-se trechos do DNA da mãe, do suposto pai e do investigante. O que importa são os pedaços de DNA analisados. Quanto mais pedaços examinados, maior o custo e é aí que surge o perigo de erro, que pode variar de 99,99% (risco de um erro em 10 mil) a 99,999999% (risco de um erro em 100 milhões).³⁹

Não são raros os casos de desequilíbrio financeiro entre o suposto pai e a mãe do investigante. Esta, enfrentando dificuldades para sobreviver; aquele homem de abastadas posses pode não encontrar obstáculo para que o resultado da perícia seja adulterado.

Certo que os recursos científicos justificam a possibilidade de rediscutir a paternidade quando do ajuizamento da primeira demanda o exame pelo DNA ainda não era disponível, mas não se pode descartar essa mesma rediscussão quando aquele exame trouxer indícios de fraude, falha ou erro. A rediscussão é possível em outras demandas investigatórias, com exame pelo DNA na demanda anterior ou não, até que haja razões que façam prevalecer ou restabelecer a verdade, pois, enquanto desfavorável aos interesses da filiação, não se pode barrar, sob o dogma da coisa

38 TARUFFO, Michele. Lê prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Giuffrè. Ano L., n. 1, março de 1996, p. 226.

39 Fonte: Gene Laboratório. Disponível: www.gene.com.br.

julgada, o ajuizamento de nova demanda, vedando a alguém, o direito de ver reconhecida a sua filiação.⁴⁰

O juiz não pode julgar alicerçado na perfeição da lei, ou de acordo com sua conveniência. A prudência rege as virtudes morais disciplinadoras das tendências desejáveis. “Estes sentimentos, por força da reta norma da sabedoria prática (*orthos logos*), são balizados num justo meio-termo (*mesotes*): ‘o justo meio das virtudes morais consiste em agir conforme a reta norma da sabedoria prática.’ Portanto, ‘o justo meio consiste em fazer o que se deve, quando se deve, nas devidas circunstâncias, em relação às pessoas, às quais se deve, para o fim devido e como é devido’. Numa palavra, o justo meio é o dever. Por exemplo, a virtude da coragem modera o medo; ela é o justo meio-termo entre a covardia e a audácia: modera o medo para que sejamos firmes diante do obstáculo e não fuçamos covardemente; modera a audácia para que não enfrentemos o perigo atabalhoadamente. A justiça modera a paixão do lucro, levando-nos a honrar os contratos sem lesão ao próximo e sem danos pessoais.”⁴¹

Esse meio-termo está acima de toda consideração circunstancial e todo critério subjetivo, porque provém da natureza das coisas. O julgamento, pois, deve ser feito por um imperativo da consciência e por respeito à Constituição, que assegura julgamento público e decisões fundamentadas (art. 94, IX, da CF).

Sentença fundamentada é um dos atos de maior importância e enobecedor da função judicial, refletor das convicções do julgador e de sua personalidade profissional, além de constituir uma das garantias aos jurisdicionados. A fundamentação permite à sociedade em geral o exercício de um controle externo de acesso às explicações do juiz ao solucionar a questão neste ou naquele sentido. Sobreleva em importância, porque é por meio da fundamentação que o juiz demonstra na sentença, quais foram os elementos fáticos e jurídicos que o levaram à conclusão pela procedência ou não da pretensão.

A fundamentação apresenta-se como uma oposição ao arbítrio, garante o controle democrático difuso e admite as partes conhecer as razões que conduziram o juiz decidir daquela forma, além de demonstrar os erros,

40 Sobre o tema da flexibilização da coisa julgada, recomenda-se a leitura do livro de autoria dos Professores WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 220 e segs.

41 PEGORARO, Olinto A. *Ética é justiça*. Ob. cit., p. 26-27.

as contradições, a apreciação da prova, e as incoerências eventualmente existentes na sentença.

A sentença é uma unidade lógico-jurídica, dependente não só do convencimento no atinente à parte dispositiva, mas, principalmente que ostente uma substancial coincidência dos fundamentos que permitiram chegar a conclusão adotada.⁴²

São suscetíveis de nulidade não só as sentenças infundadas; também aquelas que não contêm uma exposição suficiente e clara das razões e das circunstâncias da causa, ou é omissa quanto a uma análise suficiente das questões debatidas.

Sobre o tema, a Prof. Teresa Arruda Alvim Wambier⁴³ refere existirem: “...*grosso modo*, três espécies de vícios intrínsecos das sentenças, que se reduzem a um só, em última análise: 1. ausência de fundamentação; 2. deficiência de fundamentação; e 3. ausência de correlação entre a fundamentação e decisório. Todas são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença. Isto porque “fundamentação” deficiente, em rigor, não é fundamentação, e, por outro lado, “fundamentação” que não tem relação com o decisório não é fundamentação: pelo menos não o é daquele decisório!

O problema da fundamentação alcança as decisões colegiadas. Quando dentre os três juízes, o revisor vota em sentido contrário ao relator, o segundo vogal deve explicitar porque optou em acompanhar esse ou aquele voto.⁴⁴ Não se pode admitir o jargão: “Voto com o relator.” Tem de dizer, motivadamente, o que lhe convenceu para acompanhar o relator.

42 Michele Taruffo explica bem essa questão da motivação da sentença. Diz o citado autor que “junto al control *ex ante* que se asegura mediante la contradicción hay también una posibilidad de control *ex post* que puede ejercerse a través de la motivación de la sentencia. Es conocido, en realidad, que también la motivación es objeto de una garantía específica, algunas veces formulada por normas constitucionales, y que su principal función consiste en hacer posible un posterior control sobre las razones presentadas por el juez como fundamento de la decisión. Es también habitualmente aceptada la tesis de que la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión; es, más bien, la exposición de un razonamiento justificativo mediante el que el juez muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable. La motivación es, pues, una justificación racional elaborada *ex post* respecto de la decisión, cuyo objetivo es, em todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión. Estos principios generales son válidos también en referencia a la valoración de las pruebas y al juicio sobre el hecho. No cabe Duda, en realidad, de que también la motivación sobre los hechos es necesaria, como la motivación sobre el derecho aplicado, precisamente como garantía de racionalidad y de controlabilidad de la valoración de las pruebas”. *La prueba de los hechos*. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 435.

43 *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. RT, 2004, p.335.

44 Não só o relator deve motivar o voto, mas, também, os demais membros que fizerem parte do julgamento, como forma de evitar o arbítrio.

Somente leis justas devem ser sancionadas, aplicando-as estritamente o juiz e negando aplicá-las por respeito à justiça, quando injustas. Leis que violam os princípios essenciais da ordem justa que o Estado deve manter são injustas e devem ser afastadas por uma magistratura sábia em respeito à justiça.⁴⁵

4. O justo e o eficaz

Todos os operadores do direito não desconhecem a importância da função jurisdicional, da ação e do processo no seio da sociedade, trilogia que constitui a estrutura do Direito Processual. Há, no entanto, quem acrescente uma quarta base estrutural: a defesa.⁴⁶ Como a defesa constitui ato processual de resistência à demanda, cujo ônus está a cargo do sujeito passivo, a ausência dela não invalida o processo, podendo-se concluir que a defesa não integra, obrigatoriamente, a base estrutural do Direito Processual.

O sujeito tem o direito de obter a prestação da tutela jurisdicional do Estado e este tem a obrigação de prestá-la, como resposta judicial tempestiva, adequada e justa.⁴⁷ Sendo a jurisdição também um direito subjetivo público, incumbe ao Estado submeter a ela os seus súditos para composição de suas controvérsias ou a declaração de seus direitos.

Para alcançar esse objetivo, o Estado reservou uma de suas funções, adequando o seu funcionamento, provendo normas positivas de direito processual para que seus propósitos sejam alcançados.

As normas positivas do direito material resultam ineficazes se não for possível sua adequada atuação nos casos particulares. Essa atuação é feita mediante um processo que só atua quando: a) há um órgão qualificado para conduzi-lo; b) haja normas processuais que lhe dão o caminho para essa condução.⁴⁸

Esse processo oportuniza a prática da justiça, em conformidade com a razão, a lógica e a verdade.

45 FARINA, Juan M.. Ob. cit., p. 209.

46 DINAMARCO, Cândido R.. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 1986, p. 80-83.

47 “Evidentemente, o que cada homem pensa ser justo influi em suas decisões jurídicas. Porém, não se pode reduzir o fenômeno das decisões jurídicas ao puro intuicionismo.” (MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1986, p. 182, *apud* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Ob. cit., p. 21, nota de rodapé n. 17).

48 ECHANDIA, Devis. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Editorial Universidad, 1997, p. 127.

O conceito de justo e injusto, de legal e ilegal, tem diversificado em cada época da história da humanidade. Permanece intangível o valor de ideal de justiça. Deve-se a filosofia pitagórica a primeira, antes de qualquer outra, ainda que não exprimindo a verdade integral, mas pondo em relevo um aspecto fundamental, o conceito de justiça. Para essa escola, a justiça é, acima de tudo, a correspondência entre termos contrapostos, assimilando-se ao número quadrado, o igual multiplicado pelo igual, por devolver o mesmo pelo mesmo, ou com mais precisão, a justiça consiste na reciprocidade.⁴⁹

Platão compreendeu-a como harmonia entre as diversas partes que compõe o todo. Aristóteles⁵⁰, partindo da definição dos Pitagóricos, distingue várias espécies de igualdade, com o propósito de aperfeiçoá-la.

Na sua essência, esses elementos são preciosos, mas insuficientes para defini-la. A idéia de justiça encontra-se enraizada no íntimo do homem, no seu espírito, no seu ser.

Contrapondo ao que julgavam muitos autores antigos, os modernos não admitem que a noção de justiça seja resolvida na igualdade. Uma injustiça repetida igualmente em todos os casos possíveis não se torna, por isso, em justiça. Conceito tão vasto como o de harmonia, não consegue definir com perfeição a justiça como regra de vida no sentido ético.

Giorgio Del Vecchio⁵¹ procurando enumerar os elementos lógicos da justiça, afirma que sua essência está na posição objetiva da subjetividade, resultando na coordenação intersubjetiva. Nessa formulação, diz o autor, aparecem como elementos característicos: a) a *alteridade* ou *bilateralidade*, “própria de toda determinação jurídica, isto é, a consideração simultânea de vários sujeitos, postos idealmente no mesmo plano e representados, por assim dizer, um em função do outro”; b) a *igualdade*, que ele atribui também como *paridade*, pressupõe entre os participantes de uma mesma relação; c) a *reciprocidade* que é uma afirmação e ao mesmo tempo uma limitação de quem fez a afirmação a outrem, “necessariamente afirmada no mesmo ato”; d) o *contracâmbio*, como elemento implícito na noção de justiça, o eu põe-se sob a espécie de alteridade, de forma que o eu e o outro se tornam entidades fungíveis em razão da essencial objetividade da relação que os liga; e) *remuneração* como corolário do princípio de justiça, constitui um meio de comunicação ou de interferência entre sujeito e sujeito.

49 *A justiça*. Giorgio Del Vecchio. Trad. de Antônio Pinto de Carvalho. Ed. Saraiva, 1960, p.40-41.

50 *Ética a Nicômacos*. Trad.de Mário da Gama Kury. Ed. UnB, 1999, Livro V.

51 *Idem*, p.76-78.

Conclui, o citado autor, que contracâmbio e remuneração têm “a mesma raiz e o mesmo significado *transubjetivo*: pressupondo um e outro igualmente um reconhecimento da pessoa, não só em sua entidade abstrata, como substância dotada de autonomia, mas através de seus comportamentos concretos, tais como podem ser apreciados e ponderados por outros. Esta forma de apreciação ou ponderação objetiva é precisamente imposta pela justiça, a qual culmina na exigência de que *todo sujeito seja reconhecido (pelos outros) por aquilo que vale, e de que a cada um seja atribuído (pelos outros) aquilo que lhe compete*”.⁵²

Estes elementos, ainda que imperfeitos, que segundo o autor foram por ele extraídos por dedução transcendental, representam os lineamentos básicos de toda possível exposição da justiça no sentido próprio.

Como regra de convivência nas relações intersubjetivas e num sentido específico, a igualdade, a harmonia, a ordem e a proporcionalidade são formas do justo. Considerando que esses elementos estabelecem uma relação entre sujeitos, um obrigando-se com o outro e cada qual reconhecendo a subjetividade alheia, um tendo a obrigação e o outro a faculdade de exigir, justiça é sinônimo de direito, onde o juiz tenta restabelecer a igualdade, a harmonia, a ordem e a proporcionalidade. Já num sentido transcendental, como acontece não com a ciência, mas com as disposições da alma, reina o imperativo do dever: “não faças a outrem o que não queres que façam a ti.”

O direito positivo não é o único direito, nem no fenômeno jurídico a justiça é absoluta. O ideal de justiça não está no direito positivo, onde o legislador se esquece de que o fim das leis é o bem comum, mas no direito natural, onde se encontram os eternos valores do espírito. A justiça ao tempo em que se repercute em todas as leis, não se esgota em nenhuma. “Só ela pode, nas horas solenes, impor como dever e sacrifício supremo infringir e ultrapassar a ordem jurídica positiva, quando esta esteja irreparavelmente corrompida, a fim de que mediante uma nova ordem prossiga e se aperfeiçoe aquele processo de verificação e de reivindicação da mesma justiça, que tem por teatro a história e por fonte indelével e inexaurível o espírito humano.”⁵³

Como direito positivo, pode-se dizer que justiça eficaz é a verdadeira justiça, a justiça por excelência, na legalidade, e ineficaz a que se desvia da legalidade, fora da lei, ou iníqua. Os pensadores cristãos não consideravam lei se não fosse justa (*lex injusta non est lex*). Se for justa tem a qualidade de lei.

52 Ob. e p. cits

53 DEL VECCHIO, Giorgio. *A Justiça*. Ob. cit., p. 230.

Aristóteles propunha que a justiça e a injustiça podem ser entendidas em muitos sentidos. Para ele, ação justa é um meio termo entre agir injustamente e ser tratado injustamente, pois no primeiro caso se tem demais e no segundo se tem muito pouco⁵⁴. A semelhança entre elas é uma questão de grau, mas conclui que a justiça não pode ser considerada como uma parte da virtude; é a virtude inteira. Desde a perspectiva da eficácia da justiça não pode haver meia justiça, mas justiça inteira. Essa afirmação poderia criticar-se de utópica, já que não há justiça perfeita, como também não há lei perfeita. Assim, cada época decide o que é justo e o que é injusto, o que é legal e o que é ilegal, não obstante o valor permanente do ideal de justiça.

Nas diferentes escolas se têm mantido conceitos de justiça sobre argumentos filosóficos ou econômicos. Em época mais recente, a doutrina relaciona-a com outros valores para denominar “o direito justo”. Outras teorias preferem estudá-la numa perspectiva analítica, histórica ou dialética. Assim já disseram que a justiça deve ser tratada através da teoria, mas também da prática.

Questiona-se a justiça como paradigma de uma reorganização da sociedade; às vezes surgem idéias utilitaristas como proclamava Hume: “a utilidade pública é a única origem da justiça”. Não são em vão os temas judiciais que se encontram diariamente nos meios de comunicação e aparecem em variadas publicações em forma de aspectos críticos – não acadêmicos – do funcionamento da justiça, que inquietam a sociedade.

Como se pode ver, são múltiplos os conceitos e bem variados, dependendo dos distintos ângulos em que cada um se posiciona. Sob a ótica da proteção estaciona-se ante sua organização; decidindo situar como justiciáveis a crítica seria subjetiva desde que a perspectiva seja da igualdade e da liberdade. Como impressão subjetiva da pessoa comumente empresta um sentimento de agressão às funções do Estado, incluindo os órgãos policiais e militares como se exercem a justiça. Enfim, a resposta pode ser plausível: a justiça é eficaz, desde que o sujeito se sinta respaldado pela eficácia da justiça. Se o seu problema não se resolve com eficácia tem a sensação de injustiça. Por esse ângulo, crê-se que a justiça se alcança através do Direito – que no dizer de Ihering “é uma idéia prática”- é possível chegar a ela através deste, não pelo simples fazer de sua aplicação senão pela disposição em decidir, dentro de uma perspectiva que seja conveniente aos interesses da sociedade, salvaguardando seus valores. Propugna-se

54 *Ética a Nicômacos*. Ob. cit., p. 101.

a justiça como um valor em consonância com a liberdade, igualdade e pluralismo político, não podendo deixar de apontar que a justiça alcança seu zênite quando atua como valor de valores, e dizer, resulta eficaz para a salvaguarda da constituição de um Estado Social e Democrático. Essa eficácia pode ser tanto preventiva como remediadora das atuações contrárias aos seus valores, não cumpridas por pessoas físicas, jurídicas ou entidades públicas.

Por outro ângulo, a justiça responde a um comportamento que pode ser interno e externo. O interno tem lugar quando se crê no próprio Direito, mas não no órgão judiciário. É um comportamento auto-regulador da justiça. O comportamento externo se situa nas decisões valorativas dos jurisdicionados, que têm na sua aplicação a justiça ideal. As indagações sobre o comportamento externo da justiça são desoladoras e quase sempre são suscitadas por conhecimentos marcados pela realidade.

Nem todas as decisões judiciais contêm a estampa de justas ou que estejam corretas, sem contar que, às vezes, por falta de estrutura, organização, escassez de meios ou por múltiplas circunstâncias, a justiça é lenta, vacilante, distante do jurisdicionado e anacrônica. Mas, enfim, é a justiça humana. Sua eficácia ou ineficácia depende do comportamento do homem, tanto na criação das normas como na sua aplicação.

5. Conclusão

Arrisco a dizer, sem pretensões dogmáticas e filosóficas, que o exercício da justiça pode dar respostas eficazes ou ineficazes. Decisão justa é decisão eficaz. É eficaz quando se trata de verdadeira justiça. Não é eficaz quando escorre por despenhadeiros suspeitos.⁵⁵

A principal preocupação não é propriamente com a agilização dos processos, embora isto também seja importante⁵⁶, mas a produção de uma justiça voltada para as exigências do bem comum realizada num processo justo e que atenda aos fins sociais, oferecendo a tutela a quem tiver razão.

O juiz deve exercer sua função com humildade, dirigir um processo polivalente, participar ativamente da prova, analisar cuidadosamente as questões controvertidas, escolher a interpretação que melhor se coaduna

55 SACRISTÁN, Isidoro Alvarez. *La Justicia y su eficacia*. Madrid: Editorial Colex, 1999, p.15-17.

56 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: Alguns mitos. Temas de Direito Processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5

com o espírito da norma processual, valorizando-a como regra técnica, ética e política, mas fazendo sempre prevalecer o valor justiça.

As alternativas até então encontradas, como a tutela antecipada, a tutela específica das obrigações de dar, de fazer e não fazer, a prejudicialidade da ação consignatória, as alterações no processo de execução, a naturalização da ação monitória, as modificações no recurso de agravo, a arbitragem, a opção pela via extrajudicial do inventário e partilha, separação e divórcio consensuais de que tratam a Lei n. 11.441/2007 etc, não foram suficientes para solucionar o congestionamento do aparelho judiciário, que precisa, antes de mudanças na lei, reestruturar-se, atualizar-se, modernizar-se socialmente para tornar-se administrativamente eficiente e politicamente democrático. É preciso extrair do processo a utilidade da pretensão de direito material deduzida, mas para isso, as modificações no Judiciário devem começar por sua base, nos juízos de primeiro grau, não só na lei processual.

Lembrando o pensador italiano Norberto Bobbio⁵⁷, sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia e sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Daí porque o juiz tem de priorizar a importância do seu papel de garantidor dos direitos fundamentais, porque a Lei Maior confiou-lhe o poder de resolver esses conflitos, tanto individuais como coletivos, com a ampliação dos meios de acesso de proteção jurisdicional à pessoa humana.

⁵⁷ *A Era dos Direitos*. 16. ed. Campus, 1992, p. 34.

LOS DERECHOS SOCIALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD SUSTANCIAL

Luis Prieto Sanchís

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense (1981). Catedrático de Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (Universidad de Castilla-La Mancha) (1986). Autor de los siguientes libros: “Ideología e interpretación jurídica”, Madrid, 1987; “Estudios sobre derechos fundamentales”, Madrid, 1990; “Ética y Política”, Ciudad Real, 1992; “Principios y Normas. Problemas del razonamiento jurídico”, Madrid, 1992; “Constitucionalismo y Positivismo”, México, 1996 (en prensa); “Curso de Derecho Eclesiástico”, con I.C.Ibán y A. Motilla, Madrid, 1991; “Lecciones de Teoría del Derecho”, con J. Betegón, M. Gascón y J.R. de Páramo, Albacete, 1995.

Sumario: 1.- Los derechos fundamentales y los derechos sociales. 2.- Caracterización de los derechos sociales: a) Los derechos y las instituciones; b) Los derechos sociales como derechos prestacionales; c) La titularidad de los derechos; d) Los derechos sociales como derechos de igualdad; e) El carácter de la obligación; f) La dimensión objetiva y subjetiva de los derechos. 3.- Una definición convencional. 4.- El principio de igualdad: a) La igualdad y los derechos sociales; b) Las exigencias de la igualdad; c) La igualdad sustancial o de hecho. 5.- La naturaleza de los derechos prestacionales: a) El problema de su valor jurídico; b) Dimensión objetiva; c) Dimensión subjetiva. 6.- Entre la justicia y la política.

Resumen: Se trata de analizar si, más allá de su frecuente invocación retórica, los derechos sociales generalmente reconocidos en el constitucionalismo contemporáneo gozan de plena virtualidad jurídica o si, por el contrario, se presentan como meras promesas políticas incapaces de cimentar posiciones subjetivas exigibles incluso “contra” la mayoría, tal y como sucede con los derechos civiles y políticos. La conclusión es, en síntesis, que el régimen devaluado que hoy caracteriza a los derechos sociales no responde tanto a dificultades de articulación técnica, cuanto a un designio político que, por otra parte, resulta coherente con la filosofía que se halla en la base del modelo liberal de Estado de Derecho.

1.- Los derechos fundamentales y los derechos sociales.

El reconocimiento de los derechos humanos o fundamentales en el constitucionalismo de finales del XVIII representa la traslación al Derecho positivo de la teoría de los derechos naturales elaborada por el iusnaturalismo racionalista desde comienzos del siglo precedente: su objeto o finalidad, sus titulares y su contenido resultan coincidentes. El objetivo era en ambos casos preservar ciertos valores o bienes morales que se consideraban innatos, inalienables y universales, como la vida, la propiedad y la libertad¹. Los titulares o, mejor dicho, el titular resultaba ser también el mismo sujeto abstracto y racional, el hombre autónomo e independiente portador de los derechos naturales, que en su calidad de ciudadano y guiado sólo por su interés² concluía con otros sujetos iguales un contrato social que daba vida artificial a las instituciones, y que en calidad de propietario y movido asimismo sólo por el interés pactaba sucesivos negocios jurídicos de acuerdo con unas reglas formales fijas y seguras, sin que fuera relevante la condición social de quienes negociasen ni qué cosas se intercambiaran³. Finalmente, el contenido, aquello que representa la cara obligacional que acompaña a todo derecho, era también común y muy sencillo: lograr la garantía del ámbito de inmunidad necesario para la preservación de la propia vida y propiedad y para el ejercicio de la libertad en lo público y en lo privado; por tanto, el Estado debería de ser tan extenso como fuera imprescindible para asegurar dicha inmunidad frente a los demás individuos y tan limitado como fuese preciso para no convertirse él mismo en una amenaza de los derechos⁴.

Este punto de partida daría lugar a una concepción de los derechos fundamentales y del propio Estado que, con algunos matices, puede decirse que sigue siendo nuestra concepción de los derechos y del Estado. Creo que puede resumirse en estos dos lemas: supremacía constitucional y artificialidad o instrumentalidad de las instituciones políticas. La

1 Vid. singularmente, J. Locke, Ensayo sobre el gobierno civil, trad de A. Lázaro, Aguilar, Madrid, cap. XI.

2 Salvo el caso de Grocio, donde aún queda el residuo medieval del appetitus societatis, en el resto de los autores racionalistas el móvil del contrato social no es otro que el interés, vid. N. Bobbio, "El modelo iusnaturalista", en Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci, trad de J.C. Bayón, Debate, Madrid, 1985, p. 95 y s.

3 Vid. P. Barcellona, Formazione e sviluppo del Diritto privato moderno, Jovene, Napoli, 1993, p.48 y s.

4 Como escribe todavía C. Schmitt, "los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado", Teoría de la Constitución (1927), trad. de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982, p.170.

supremacía constitucional significa que los derechos operan “como si” encarnasen decisiones superiores a cualesquiera órganos estatales, incluido el legislador, y, por tanto, como si emanasen de un poder constituyente o soberano al que todas las autoridades e instituciones deben someterse⁵; de ahí que los derechos no sean negociables o que en una democracia representen “triumfos frente a la mayoría”⁶. A su vez, la artificialidad de las instituciones significa que, en realidad, éstas carecen de fines propios y existen sólo para salvaguardar las libertades y la seguridad que necesariamente ha de acompañarla⁷, por lo que, en consecuencia, toda limitación de la libertad ha de justificarse racionalmente, no en cualquier idea particular acerca de lo virtuoso o de lo justo, sino precisamente en la mejor preservación de los derechos⁸.

Consecuencia de lo anterior habría de ser un régimen jurídico característico del constitucionalismo norteamericano y que en Europa ha terminado imponiéndose tras costosa evolución⁹. Creo que sus dos ejes fundamentales son la fuerte limitación de la libertad política de legislador y una tutela jurisdiccional estricta y rigurosa. Los derechos fundamentales se conciben, en efecto, mucho más como una cuestión de justicia que de política; las concepciones de la mayoría pueden proyectarse sobre el ámbito protegido por las libertades, pero de forma muy restringida y siempre vigiladas por el control jurisdiccional. Cualquiera que sean las circunstancias políticas y las razones de Estado, ese control garantiza, cuando menos, lo que hoy llaman algunas Constituciones el “contenido esencial” de los derechos, así como un examen preciso de la justificación, racionalidad y proporcionalidad de toda medida limitadora. En suma, siempre una protección mínima del derecho y nunca una limitación innecesaria o no

5 En palabras de F. Rubio, “si se parte de la idea de la soberanía popular o, si se quiere, de la idea de poder constituyente, para subrayar el carácter germinal, no sólo en el tiempo, que es lo de menos, sino sobre todo, en el orden lógico, de este poder, la incardinación en la Constitución de los derechos ciudadanos y de los deberes del poder, o lo que es lo mismo, la afirmación de la Constitución como fuente del Derecho, adquiere una firmeza granítica”, “La Constitución como fuente del Derecho”, en La Constitución española y las fuentes del Derecho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, vol. I, p.59; hoy recogido en La forma del poder, C.E.C., Madrid, 1993

6 Esta es la conocida tesis de R. Dworkin, Los derechos en serio (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, en particular p. 276 y s.

7 Creo que esto resulta crucial en toda concepción liberal del Estado y se conecta al papel protagonista del individuo. Vid., por ejemplo, J.S.Mill, Sobre la libertad (1859), trad. de J. Sainz Pulido, Orbis, Barcelona, 1985.

8 Por eso, decía la Declaración de 1789, “el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos” (art. 4)

9 Vid. recientemente entre nosotros R.L. Blanco Valdés, El valor de la Constitución, Alianza, Madrid, 1994

justificada podrían ser los lemas del sistema de derechos fundamentales en el marco constitucional¹⁰.

Pues bien, la cuestión que corresponde plantear es si esta concepción de los derechos fundamentales resulta apta o aplicable a todo un conjunto de derechos que actualmente se hayan recogidos en las Constituciones y en las Declaraciones internacionales, pero que no presentan la fisonomía de los primeros derechos fundamentales incorporados por el constitucionalismo de finales del XVIII: ni protegen bienes o valores que en hipótesis puedan ser atribuidos al hombre al margen o con carácter previo a las instituciones; ni su titular es el sujeto abstracto y racional, es decir, cualquier hombre con independencia de su posición social y con independencia también del objeto material protegido; ni, en fin, su contenido consiste tampoco en un mero respeto o “abstención” por parte de los demás y, en particular, de las instituciones, sino que exigen por parte de éstas una acción positiva que interfiere en el libre juego de los sujetos privados. Estos son los llamados derechos económicos, sociales y culturales o, más simplemente, los derechos sociales.

Parece existir coincidencia en que esta categoría, de uso corriente incluso en el lenguaje del legislador, presenta unos contornos bastante dudosos o difuminados¹¹, y resulta comprensible que así suceda pues, en palabras de Forsthoff, “lo social es un indefinibles definiens”¹². Los criterios que se suelen ofrecer para delimitar los perfiles de los derechos sociales son tan variados como heterogeneos, dando lugar cada uno de ellos a listas o elencos diferentes. Por ejemplo, y para comenzar por algún sitio, dice Burdeau que “los derechos sociales son los derechos de los trabajadores en tanto que tales, los derechos de clase y más precisamente de la clase obrera”¹³. En cambio, otros autores prefieren un criterio material, de forma que los derechos económicos, sociales y culturales incluirían justamente aquellos que están implicados en el ámbito de las relaciones económicas o laborales, como el derecho de propiedad o la libertad de industria y comercio¹⁴, que de modo manifiesto no parecen ser derechos de los trabajadores,

10 He tratado más ampliamente este aspecto en mis Estudios sobre derechos fundamentales, Debate, Madrid, 1990, p.139 y s.

11 Para esta cuestión vid., por todos, B. de Castro Cid, Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos, Universidad de León, 1993, p. 13 y s.

12 E. Forsthoff, “Problemas constitucionales del Estado social”(1961) en el volumen colectivo El Estado social, trad. de J. Puente Egado, C.E.C, Madrid, 1986, p.46

13 G. Burdeau, Les libertés publiques, L.G.D.J., París, 1972, p.370

14 Vid. G. Peces-Barba, “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en Escritos sobre derechos fundamentales, Eudema, Madrid, 1988, p.200

sino más bien el obstáculo histórico a su realización. Asimismo, es muy corriente identificar los derechos sociales con los derechos prestacionales, esto es, con aquellos derechos que en lugar de satisfacerse mediante una abstención del sujeto obligado, requieren por su parte una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio¹⁵, pero entonces dejarían de ser derechos sociales algunos derechos típicos de los trabajadores, como la huelga y la libertad sindical, y algunos otros de carácter económico, como la propiedad, mientras que se transformarían en sociales algunas prestaciones que no constituyen una exigencia propia de la condición de trabajador, como la asistencia letrada gratuita¹⁶. Seguramente, la noción de derechos sociales haya de resultar irremediabilmente ambigua, imprecisa y carente de homogeneidad; quizás lo máximo que se pueda pedir sea una caracterización meramente aproximativa y, eso sí, una identificación correcta de los problemas de interpretación en verdad relevantes. Por eso, en primer lugar, procederemos a enunciar una serie de rasgos o connotaciones que suelen estar presentes cuando se usa la expresión “derechos sociales”, para más tarde intentar dilucidar el problema central que los mismos suscitan, al menos desde la perspectiva de la teoría de los derechos y de la dogmática constitucional, que es su naturaleza prestacional. A mi juicio, precisamente esta es la cuestión básica: si y en qué condiciones pueden construirse posiciones subjetivas iusfundamentales de naturaleza prestacional.

2.- Caracterización de los derechos sociales.

a) Los derechos y las instituciones.

Los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado, sin necesidad de instituciones sociales que los definan, o, al menos, así han sido tradicionalmente concebidos, mientras que los económicos, sociales y culturales ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política. La vida, la propiedad y la libertad son para la filosofía política liberal derechos naturales anteriores a cualquier manifestación institucional

15 Esta identificación se encuentra ya en C. Schmitt, Teoría de la Constitución, citado, p.174. Vid. también, a título de mero ejemplo, J.R. Cossío, Estado social y derechos de prestación, C.E.C., Madrid, 1989, p.45; J.L. Cascajo, La tutela constitucional de los derechos sociales, C.E.C., Madrid, 1988, p. 67; E.W. Böckenförde, Escritos sobre derechos fundamentales, trad de J.L. Requejo e I. Villaverde, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 75.

16 Vid. G. Peces-Barba, “Reflexiones sobre los derechos económicos...”, citado, p.201; también. B. de Castro, Los derechos económicos..., citado, p. 67 y s.

y precisamente si el Estado existe es con el único fin de protegerlos; por ello, el Estado puede resultar necesario para garantizar dicha protección, pero en ningún caso para definir lo esencial del contenido de los derechos: “la libertad es aquí algo antecedente, no viene creada por la regulación legal, sino que es protegida (hecha ejercitable) y/o limitada por ella”¹⁷. Es más, algunos sostienen que los derechos no sólo son independientes de cualquier organización política, sino que cuanto “menos Estado” exista tanto mejor para los derechos¹⁸. Justamente lo contrario sucede con los derechos sociales. De entrada, la mera determinación del catálogo y contenido de tales derechos, de carácter marcadamente histórico y variable¹⁹, supone ya un proceso de debate inimaginable al margen de la sociedad política; pues esa determinación depende en gran medida del grado de desarrollo de las fuerzas productivas, del nivel de riqueza alcanzado por el conjunto social, de la escasez relativa de ciertos bienes e incluso de la sensibilidad cultural que convierte en urgente la satisfacción de algunas necesidades²⁰. No estamos en presencia de derechos racionales, de pretensiones que puedan postularse en favor de todo individuo cualquiera que sea su situación social, sino de derechos históricos cuya definición requiere una decisión previa acerca del reparto de los recursos y de las cargas sociales, que obviamente no puede adoptarse en abstracto ni con un valor universal. Y, por otra parte, si la protección de todos los derechos supone una mínima estructura estatal, la de los derechos sociales resulta mucho más compleja, dado que ha de contar con una organización de servicios y prestaciones públicas sólo conocidas en el Estado contemporáneo; cabe decir que en este punto la distancia que separa a los derechos civiles de los sociales es la misma que separa al Estado liberal decimonónico del Estado social de nuestros días²¹.

17 E.W. Böckenförde, Escritos sobre derechos fundamentales, citado, p.76. No en vano la Constitución española, siguiendo los pasos de la alemana, intenta garantizar el “contenido esencial” de los derechos fundamentales que considera más importantes, incluso frente al legislador (art. 53,1).

18 En este sentido se orientaría la propuesta de un “Estado mínimo” de R. Nozick, Anarquía, Estado y utopía (1974), trad de R. Tamayo, F.C.E., México, 1988.

19 Hasta el punto de que sería concebible la desaparición de los derechos sociales una vez desapareciesen las situaciones de necesidad material y de desigualdad en el reparto de los recursos que hoy constituyen su justificación

20 Vid. el capítulo monográfico que sobre “Los derechos humanos y el problema de la escasez” aparece en el volumen Problemas actuales de los derechos fundamentales, ed. de J.M. Sauca, Universidad Carlos III, B.O.E., Madrid, 1994, p.193 y s. Por mi parte, he tratado el problema en “Notas sobre el bienestar”, Doxa, nº9, 1991, p. 157 y s.

21 Acaso también por ello la referida cláusula de defensa del contenido esencial no se extiende a la mayor parte de los derechos sociales, que son los incluidos en el Capítulo III bajo la rúbrica de “principios de la política social y económica”. En ello insiste J.R. Cossío, Estado social y derechos de prestación, citado, p. 93 y s.

b) Los derechos sociales como derechos prestacionales.

Como ya se ha indicado, el carácter prestacional es uno de los rasgos más frecuentemente subrayados, tal vez porque, desde el punto de vista jurídico, resulta más explicativo o definidor que aquellos otros que se basan en consideraciones históricas, ideológicas o sociológicas²². El criterio definidor residiría en el contenido de la obligación que, usando terminología kelseniana, constituye el “reflejo” del derecho: en los derechos civiles o individuales, el contenido de la obligación consiste en una abstención u omisión, en un “no hacer nada” que comprometa el ejercicio de la libertad o el ámbito de inmunidad garantizado; en cambio, en los derechos sociales el contenido de la obligación es de carácter positivo, de dar o de hacer. Con todo, conviene formular algunas precisiones. La primera es que algunos derechos generalmente considerados sociales se separan del esquema indicado, bien porque por naturaleza carezcan de todo contenido prestacional, bien porque la intervención pública que suponen no se traduzca en una prestación en sentido estricto; así, es manifiesto que carecen de contenido prestacional el derecho de huelga o la libertad sindical, salvo que interpretemos que la tutela pública de estas libertades es ya una prestación. A su vez, derechos sociales que requieren algún género de intervención pública, pero que no pueden calificarse propiamente de prestacionales son, por ejemplo, todos los que expresan restricciones a la autonomía individual en el contrato de trabajo, como la limitación de jornada, un salario mínimo o las vacaciones anuales. De carácter análogo, aunque no puedan calificarse como sociales, son aquellos derechos que implican “prestaciones jurídicas”, como el derecho a la tutela judicial²³. Finalmente, algunos derechos prestacionales se presentan bajo la forma de principios-directriz, como veremos más adelante.

La segunda observación es que cuando hablamos de derechos prestacionales en sentido estricto nos referimos a bienes o servicios económicamente evaluables, subsidios de paro, enfermedad o vejez, sanidad, educación, vivienda, etc.; pues de otro modo, si se incluyera también la defensa jurídica o la protección administrativa, todos los derechos fundamentales merecerían llamarse prestacionales²⁴, dado que

22 Vid. F.J. Contreras Peláez, Derechos sociales: teoría e ideología, Tecnos, Madrid, 1994, p.22 y s

23 Estos serían los derechos prestacionales en sentido amplio, es decir, derechos a protección, organización y procedimiento, vid. R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, trad. de E. Garzón, C.E.C., Madrid, 1993, p. 435 y s.

24 Vid. J.J. Gomes Canotilho, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, trad. de E. Calderón y A. Elvira, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 1, 1988, p. 247

todos ellos exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas, o también el diseño de formas de participación; desde la tutela judicial efectiva al derecho de voto, todos requieren de esas prestaciones en sentido amplio.

Finalmente, conviene advertir que las técnicas prestacionales no pertenecen en exclusiva a alguna clase de derechos, sino que en general son aplicables a cualesquiera de los fines del Estado, incluso también a los derechos civiles y políticos. Piénsese, por ejemplo, en la libertad religiosa que, según opinión difundida, no sólo ha de ser respetada, sino también protegida y hasta subvencionada a fin de que su ejercicio pueda resultar verdaderamente libre. Que esta práctica sea saludable para las libertades o que, al contrario, represente una intervención inaceptable que lesiona de paso la igualdad jurídica de todas las ideologías y confesiones es cuestión que no procede discutir ahora²⁵, pero en el fondo la técnica prestacional plantea problemas semejantes en aquellos derechos que los son “por naturaleza” y en aquellos otros que eventualmente se benefician de la misma²⁶.

c) La titularidad de los derechos.

Si bien en una cierta literatura se presentó en términos un tanto radicales la escisión entre hombre abstracto y hombre histórico, entre persona y ciudadano, olvidando acaso que las necesidades y pretensiones del hombre concreto comenzaban por las del hombre abstracto, lo cierto es que esa imagen sigue siendo útil para perfilar el carácter de los derechos fundamentales; y es que, en efecto, los derechos civiles y políticos se atribuyen a ese hombre abstracto y racional (a todos), mientras que los derechos económicos, sociales y culturales lo son del hombre trabajador, del joven, del anciano, de quien precisa asistencia, etc.; en suma, los primeros se dirigen al famoso sujeto del Código civil que fuera objeto de la crítica de Marx²⁷, en tanto que los segundos tienden a considerar al hombre en su específica situación social²⁸.

Se observa aquí lo que Bobbio ha llamado un proceso de especificación, “consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos... el

25 He tratado la cuestión más ampliamente en el Curso de Derecho Eclesiástico, con I.C. Ibán y A. Motilla, Universidad Complutense, Madrid, 1991, p. 206 y s.

26 Vid. E.W. Böckenförde, Escritos sobre derechos fundamentales, citado, p. 78 y s.

27 Así, por ejemplo, en “Sobre la cuestión judía” (1844), en Escritos de Juventud selección, traducción e introducción de F. Rubio, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1965, p. 55 y s.

28 Vid. P. Barcellona, Formazioene e sviluppo..., citado, p. 95

paso se ha producido del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos status sociales²⁹. En el fondo, esa especificación de los sujetos viene a ser una consecuencia de la toma en consideración de las necesidades en el ámbito de la definición de los derechos³⁰. Los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tener en cuenta los fines particulares, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas las necesidades, como se supone que hacía Kant para fundamentar la moral³¹; y, por ello, tampoco son concebibles como derechos universales en el sentido de que interesen por igual a todo miembro de la familia humana³², ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales. Dicho de otro modo, las ventajas o intereses que proporcionan o satisfacen las libertades y garantías individuales son bienes preciosos para toda persona, mientras que las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es obviamente desigual³³.

d) Los derechos sociales como derechos de igualdad.

Por las mismas razones, los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada. Este es el sentido general del art. 9.2 de la Constitución cuando ordena a los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos

29 N. Bobbio, El tiempo de los derechos, trad de R. de Asis, Sistema, Madrid, 1991, p.109 y 114.

30 Vid. Sobre esto M.J. Añón, Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación, C.E.C., Madrid, 1994

31 La ética, escribe Kant, “no puede partir de los fines que el hombre quiera proponerse... porque tales fundamentos de las máximas serán fundamentos empíricos, que no proporcionan ningún concepto del deber, ya que éste (el deber categórico) tiene su raíces sólo en la razón pura”, La metafísica de las costumbres(1797), trad. y notas de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989 p. 232. De ahí que esa razón pura sólo nos proporcione dos derechos innatos, la libertad y la igualdad jurídica, los dos únicos que pueden ser pensados sin considerar los fines empíricos, precisamente porque son instrumentos necesarios para que cada individuo alcance los fines que se propone.

32 R. Alexy dice que “los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que -si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares”, Teoría de los derechos fundamentales, citado, p.482

33 Vid. W. Sadursky, “Economic Rights and Basic Need” en Law, Rights and the Welfare State, C. Sampford y D. Galligan (eds), Croom Helm, Beckenham, 1986.

en que se integra sean reales y efectivas...”; pero, a mi juicio, derechos de igualdad sustancial pueden construirse no sólo a partir del “principio” del art. 9.2, sino en ciertas condiciones también a partir del “derecho” del art. 14, como tendremos ocasión de ver.

Lo que interesa destacar ahora es que esa adscripción básica de los derechos sociales a la igualdad no significa en modo alguno una división fuerte o cualitativa respecto de los derechos civiles. De una parte, porque la otra cara de la igualdad, la igualdad jurídica o ante la ley, es precisamente una de las primeras manifestaciones de las libertades individuales; pero, sobre todo, porque constitucionalmente no cabe establecer una contraposición rígida entre libertad e igualdad ni, por tanto, entre los derechos adscribibles a una y otra³⁴. Como observa Pérez Luño, ni en el plano de la fundamentación, ni en el de la formulación jurídica, ni en el de la tutela, ni, en fin, en el de la titularidad procede trazar una separación estricta entre derechos civiles y sociales³⁵. Acaso cabría decir, recordando una distinción de Rawls, que los derechos sociales promueven que el valor de la libertad llegue a ser igual para todos, como igual es la atribución jurídica de esa libertad³⁶; o, en palabras de Böckenförde, “si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización”³⁷. Lo que no significa, obviamente, que en el plano de lo concreto se excluyan las colisiones entre la libertad y la igualdad o, más exactamente, entre la igualdad jurídica y los intentos de construir igualdades de hecho mediante tratamientos jurídicos diferenciadores.

e) El carácter de la obligación.

Una quinta característica, en realidad más propia de los derechos

34 Naturalmente, la afirmación del texto no sería compartida por la crítica neoliberal; por ejemplo, para Hayek “la igualdad formal ante la ley está en pugna y de hecho es incompatible con toda actividad del Estado dirigida deliberadamente a la igualdad material o sustantiva de los individuos”; Camino de servidumbre (1944), trad de J. Vergara, Alianza Editorial, Madrid, 1976, p. 111. No procede detenerse en este punto, pero sobre dicha crítica vid. más ampliamente E. Fernández, “El Estado social: desarrollo y revisión”, en Filosofía, Política y Derecho, M. Pons, Madrid, 1995, p. 118 y s.

35 A.E. Pérez Luño, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 1984, p. 90 y s.

36 Vid. J. Rawls, Teoría de la Justicia (1971), trad de M.D. González, F.C.E., Madrid, 1979 p. 237

37 E.W. Böckenförde, Escritos sobre derechos fundamentales, citado, p. 74; vid. también R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, citado, p. 486 y s.

prestacionales que de los derechos sociales en general, se refiere al tipo o carácter de las obligaciones generadas por los diferentes derechos. En efecto, tras los derechos civiles y políticos existen deberes jurídicos, normalmente de abstención, que representan reglas primarias o de comportamiento por lo común con un sujeto obligado universal; en cambio, tras los derechos sociales existen además normas secundarias o de organización³⁸ que, por así decirlo, se interponen entre el derecho y la obligación, entre el sujeto acreedor y el sujeto deudor. Tal vez éste sea uno de los motivos que explican las particulares dificultades de los derechos prestacionales: las libertades generan un tipo de relación jurídica sencilla donde los individuos saben perfectamente en qué consisten sus derechos y deberes recíprocos, mientras que estos otros derechos requieren un previo entramado de normas de organización, por cierto carentes de exigibilidad, que a su vez generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho.

f) La dimensión subjetiva y objetiva de los derechos.

Finalmente, y en parte como consecuencia de lo anterior me parece que en los derechos sociales tiende a predominar la dimensión objetiva sobre la subjetiva. Esta es una cuestión de grado y no un elemento esencial que permita trazar una nítida frontera entre los distintos derechos; el Tribunal Constitucional ha declarado que todos los derechos presentan esa faceta objetiva, más exactamente que “son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”³⁹, y de ahí la función preferente que desempeñan en la interpretación del Derecho y el interés público que existe en su protección⁴⁰. Lo que sucede es que las libertades operan principalmente como derechos subjetivos, y sólo una larga tradición de reconocimiento y ejercicio de los mismos ha permitido delimitar en cada uno de ellos normas objetivas y pautas hermeneúicas aptas para inspirar la interpretación de todo el ordenamiento; mientras que en los derechos sociales ocurre aproximadamente a la inversa, pues surgen como despliegues o exigencias objetivas de la idea de Estado social, que sólo más tarde y costosamente serán articulables en forma de derechos subjetivos. Y es que, expresado de un modo trivial, si las libertades no le decían al

38 En ello insiste G. Peces-Barba, “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, citado, p.207

39 STC 25/1981

40 STC 53/1985

Estado lo que debía hacer, sino más bien lo que no debía hacer, los derechos sociales nacen con el propósito de imponer ciertos comportamientos a las instituciones públicas, y ello se consigue ante todo mediante la imposición de metas o fines plasmados en normas objetivas.

3.- Una definición convencional.

Me parece que los criterios que se han enunciado y acaso algún otro que pudiera desarrollarse definen bastante bien al conjunto de los que usualmente se llaman derechos sociales o, dicho de otro modo, sería en verdad difícil indicar un derecho social que, al menos, no reuniese alguna de las características comentadas; pero es cierto que tampoco resulta fácil proponer un derecho que reúna todas ellas. Por tanto, hemos de optar. Y seguramente cualquier opción resulta teóricamente legítima: un laboralista, por ejemplo, puede englobar bajo el calificativo de sociales sólo los derechos específicos de los trabajadores; un iusprivatista, los que representan límites o restricciones a los dos grandes principios de la codificación moderna, la propiedad y la autonomía de la voluntad; un historiador, en fin, aquellos otros que nacieron bajo el impulso de la ideología socialista a partir de mediados del siglo XIX. El resultado de esos diferentes enfoques sólo será parcialmente coincidente.

Sin embargo, como ya hemos adelantado, desde la perspectiva de la teoría de los derechos y de los propios retos políticos y jurídicos que hoy plantea la realización del programa constitucional, acaso la discusión deba centrarse en el capítulo de los derechos prestacionales en sentido estricto⁴¹; más concretamente, en si la caracterización básica de los derechos fundamentales como obligaciones estatales capaces de cimentar posiciones subjetivas aún contra la mayoría, puede hacerse extensiva a los derechos que no generan un deber de abstención o de prestaciones meramente jurídicas⁴², sino deberes positivos de dar bienes o servicios o de realizar actividades que, si se tuvieran medios, podrían obtenerse también en el mercado. Con todo, la respuesta admite ser enfocada desde dos perspectivas, sólo en parte coincidentes. La primera y más genérica es si a partir del principio constitucional de igualdad (art.14 C.E.) cabe postular un trato desigual de las diferencias, esto es, un tratamiento jurídico diferente en lo normativo

41 Vid. J.R. Cossío, Estado social y derechos de prestación, citado, p. 44 y s.

42 Como ya se ha indicado, en sentido amplio, numerosos derechos son o requieren algún género de prestación estatal, como la defensa jurídica, el diseño de procedimientos o de normas de organización, etc.

que persiga una igualdad sustancial en las consecuencias⁴³; es verdad que la construcción de igualdades de hecho mediante diferenciaciones o desigualdades jurídicas no se consigue sólo mediante prestaciones, pero también es cierto que las prestaciones en sentido estricto, tal y como aquí han sido perfiladas, sirven siempre a una finalidad de igualdad fáctica. La segunda y más concreta es si los derechos prestacionales expresos, que pueden considerarse una especificación de la genérica igualdad sustancial, pueden amparar posiciones de carácter iusfundamental. Seguidamente, ensayaremos cada una de estas perspectivas.

Así pues, en lo sucesivo por derechos sociales entenderemos sólo derechos prestacionales en sentido estricto, esto es, aquellos cuyo contenido obligacional consiste en un dar a en un hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello. Aunque nada impide que tales prestaciones sean asumidas por particulares, por ejemplo por el empresario que debe proporcionar medios de seguridad e higiene en el trabajo, aquí nos ocuparemos sólo de los derechos que generan obligaciones frente a los poderes públicos, y que además lo hacen desde la Constitución, sin perjuicio de que hayan podido ser o de que sean en el futuro desarrollados por la normativa ordinaria. A su vez, adoptaremos dos perspectivas: la de la igualdad sustancial entendida como una exigencia del genérico principio de igualdad, y la de los concretos derechos prestacionales, tanto en su dimensión de normas objetivas como en su posible carácter de derechos subjetivos.

4.- El principio de igualdad.

a) La igualdad y los derechos sociales. La igualdad sustancial o de hecho puede constituir el vehículo para incorporar al acervo constitucional un principio genérico en favor de las prestaciones, y de hecho así sucede en aquellos países, como Alemania, cuya Constitución carece de una tabla de concretos derechos prestacionales. Pero es que, además, es fácil comprobar que esta forma de entender la igualdad está presente o se conecta a cada uno de los rasgos característicos examinados en el epígrafe anterior: por ejemplo, el establecimiento de desigualdades jurídicas para crear igualdad de hecho sólo es concebible desde las instituciones, mientras que acaso

43 De igualdad referida a actos y de igualdad referida a consecuencias habla R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, citado, p. 403.

la más perfecta igualdad formal se daría en un estado de naturaleza preestatal, donde nadie se viera diferenciado cualquiera que fuese su situación o su conducta; asimismo, todos los derechos prestacionales son expresiones concretas de la igualdad sustancial, pues consisten en un dar o en un hacer en favor de algunos individuos según ciertos criterios que introducen inevitablemente desigualdades normativas; más claramente aún, la construcción de igualdad de hecho sólo tiene presente al hombre concreto, que es el único que puede sufrir una desigualdad fáctica, pues si no fuera así, si tuviese presente al “hombre abstracto” ninguna desigualdad jurídica podría justificarse; a su vez, la igualdad jurídica genera frente al poder un deber nítido de abstención o no discriminación, mientras que la igualdad de hecho genera obligaciones más complejas, de organización, procedimiento y prestación; y, en fin, mientras que la igualdad jurídica se manifiesta en una posición subjetiva, la igualdad sustancial se vincula más bien al principio objetivo del Estado social y sólo muy costosamente permite diseñar posiciones subjetivas de desigualdad (jurídica).

Sin embargo, y al margen de la conexión entre la igualdad sustancial y las características que hemos postulado para los derechos sociales, aquí lo que interesa subrayar es su papel al servicio de los derechos prestacionales. Y es que, en efecto, el principio prestacional o un derecho concreto a prestaciones puede ser reivindicado a través de dos caminos, no excluyentes pero distintos: el primero consiste en invocar una concreta norma constitucional que, bien en forma de derecho o de directriz, proteja de modo singular una pretensión a cierto bien o servicio, como el trabajo, la vivienda, la cultura, etc. Un segundo camino, que intentaremos recorrer ahora, supone apelar a la igualdad en su versión de que han de ser tratadas de modo desigual las situaciones de hecho diferentes.

En el marco de una Constitución como la española, que el Estado puede dar vida a desigualdades normativas con el fin de alcanzar igualdad de hecho es algo que está fuera de toda duda, aunque, por supuesto, no es una competencia absoluta, sino limitada, entre otras cosas por el propio principio de igualdad jurídica. El art. 9.2 C.E., dice el Tribunal Constitucional, permite “regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material”⁴⁴; más concretamente, “debe admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de su diferente

44 STC 98/1985

régimen jurídico”⁴⁵. El problema, por tanto, no es si el legislador o el gobierno pueden, sino si deben en algunos casos dar vida a desigualdades jurídicas con el fin de superar desigualdades de hecho; visto desde el lado subjetivo, si cabe defender un derecho fundamental a un tratamiento desigual a partir del art. 14. Lo que requiere un análisis del conjunto del precepto.

b) Las exigencias de la igualdad.

Según una célebre fórmula “la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”⁴⁶ De forma más abreviada, lo igual debe ser tratado de modo igual, y lo desigual de modo desigual. Ahora bien, ¿cuando dos cosas, dos personas o dos situaciones son iguales?. Cabe decir como primera aproximación que mediante la igualdad “se describe, se instaura o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante en común”⁴⁷. Por consiguiente, el juicio de igualdad excluye tanto la identidad como la mera semejanza. Excluye la identidad porque parte de la diversidad, esto es, parte de dos sujetos distintos, pero respecto de los cuales se hace abstracción de las diferencias para subrayar su igualdad en atención a una característica común; la identidad se produce “cuando dos o más objetos tienen en común todos sus elementos o características”, mientras que la igualdad “supone una identidad parcial, es decir, la coincidencia de dos o más objetos en unos elementos o características desde un determinado punto de vista y haciendo abstracción de los demás”⁴⁸. Y se distingue también de la semejanza porque, si bien ésta implica asimismo que exista algún rasgo común, no obliga a hacer abstracción de los elementos propios o diferenciadores.

Por ello, dado que nunca dos personas o situaciones vitales son iguales en todos los aspectos, los juicios de igualdad no parten nunca de la identidad, sino que son siempre juicios sobre una igualdad fáctica parcial. Pero, como las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros, resulta que los juicios fácticos sobre igualdad/desigualdad parcial

45 STC 14/1983

46 Aristóteles, Política, ed. de J. Marías y M. Araujo, C.E.C., Madrid, 1983, p. 83

47 P. Comanducci, Assagi di metaetica, Giappichelli, Torino, 1992, p. 108

48 A.E. Pérez Luño, “Sobre la igualdad en la Constitución española”, Anuario de Filosofía del Derecho, IV, 1987, p. 134. Vid también P. Westen, Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of ‘Equality’ in Moral and Legal Discourse, Princeton University Press, 1990, p. 62 y s.

no nos dicen todavía nada acerca de si el tratamiento jurídico debe ser igual o desigual⁴⁹ : que “A” y “B” desarrollen la misma profesión supone que son parcialmente iguales, pero no que merezcan el mismo tratamiento a todos los efectos; que “C” y “D” tengan profesiones distintas supone que son parcialmente desiguales, pero no impide que merezcan el mismo tratamiento en ciertos aspectos. Como escribe Rubio, la igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos ha de referirse, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos en ellos discernibles; “cuáles sean los rasgos de los términos de la comparación que se tomarán en consideración para afirmar o negar la igualdad entre ellos es cosa que no viene impuesta por la naturaleza de las realidades mismas que se comparan... toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con un determinado tertium comparationis puede ser afirmada o negada”, y la fijación de ese tertium “es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga”⁵⁰ . La igualdad es, pues, un concepto normativo y no descriptivo de ninguna realidad natural o social⁵¹.

Esto significa que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas. Afirmar que dos sujetos merecen el mismo trato supone valorar una característica común como relevante a efectos de cierta regulación, haciendo abstracción tanto de los rasgos diferenciadores como de los demás ámbitos de regulación. Ambas consideraciones son inescindibles: postular que una cierta característica de hecho que diferencia o iguala a dos sujetos sea relevante o esencial no proporciona ningún avance si no añadimos para qué o en función de qué regulación jurídica debe serlo; “según a qué efectos, todos los supuestos de hecho o situaciones personales son absolutamente iguales o absolutamente desiguales entre sí... sólo la consecuencia jurídica puede ser diferencial”⁵². Y del mismo modo, decir que dos sujetos son destinatarios del mismo o de diferente tratamiento jurídico constituye una mera constatación de la que no cabe derivar ulteriores conclusiones si no decimos en razón de qué circunstancias existe uniformidad o diferencia.

49 Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 387

50 F. Rubio, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 31, 1991, p. 12 y s.

51 Vid. A. Calsamiglia, “Sobre el principio de igualdad” en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 89.

52 A. Carrasco, “El principio de no discriminación por razón de sexo”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº11-12, 1991, p.23

El punto central consiste, pues, en determinar los rasgos que representan una razón para un tratamiento igual o desigual, rasgos que han de ser al mismo tiempo el criterio de la clasificación normativa, esto es, de la condición de aplicación, y el fundamento de la consecuencia jurídica⁵³; la concurrencia de una circunstancia o propiedad debe ser, por tanto, el criterio que defina el universo de los destinatarios de la norma y asimismo la razón o fundamento de la consecuencia en ella prevista. Si no me equivoco, esta valoración conjunta de elementos fácticos y normativos es lo que la jurisprudencia constitucional denomina razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad: existe discriminación cuando “la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable”⁵⁴; para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual “esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable”⁵⁵; el principio de igualdad exige “que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hechos iguales sean, asimismo, iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido en la norma”⁵⁶. Por eso, la distinta edad de las personas es seguramente irrelevante a casi todos los efectos, pero no en lo relativo a la jubilación⁵⁷; asimismo, la diferencia entre español y extranjero no sería, sin duda, razonable si a ella quiere unirse una tipificación distinta de delitos y penas, pero, al parecer se convierte en razonable cuando se trata de la posibilidad de trabajar en España⁵⁸.

Así pues, el principio de igualdad se traduce en una exigencia de fundamentación racional de los juicios de valor que son inexcusables a la hora de conectar determinada situación -con exclusión de otras situaciones- a una cierta consecuencia jurídica; la referencia a los criterios materiales (necesidades, méritos, etc.) a la razonabilidad y a la proporcionalidad es, por tanto, una remisión a la justificación racional de la decisión⁵⁹. Las igualdades y desigualdades de hecho no son más que el punto de partida para construir igualdades y desigualdades normativas, cuya justificación no puede apelar sólo a la mera facticidad.

53 Vid. F. Laporta, “El principio de igualdad. Introducción a su análisis”, *Sistema*, nº 67, 1985, p. 18 y s.

54 STC 34/1981

55 STC 33/1983

56 STC 176/1989. Vid. J. Jiménez Campo, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983, p. 71 y s.

57 STC 75/1983

58 STC 107/1984

59 A. Calsamiglia, “Sobre el principio de igualdad”, citado, p.109

Sucede, sin embargo, que la igualdad presenta una doble faceta (tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual), por lo que en buena lógica parece que necesitarían el mismo grado de justificación tanto las normas que establecen diferenciaciones como las regulaciones uniformes u homogeneizadoras, o, dicho de otro modo, que tan exigible sería el derecho a ser tratado igual como el derecho a la diferenciación. Lo cierto es que, seguramente por motivos pragmáticos, esa simetría entre ambas dimensiones se rompe en favor de la primera: “la igualdad no tiene necesidad, como tal, de justificación. El deber de justificación pesa, en cambio, sobre las desviaciones de la igualdad”⁶⁰. Es como si se partiese de un “orden natural” (y, por cierto, desigual) de las cosas, sobre el que operaría el Derecho estableciendo clasificaciones o diferencias “artificiales”, siendo estas últimas las que deben justificarse. Con todo, dicha presunción no carece de fundamento, pues si aceptamos la hipótesis de que los mandatos del legislador persiguen fines valiosos y de que sus prohibiciones tratan de evitar resultados indeseables, entonces parece razonable que, en principio, deban vincular a todos los destinatarios del Derecho; clasificar o diferenciar requiere por tanto una razón especial. R. Alexy concreta esa asimetría en las dos reglas siguientes: “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”; “si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”⁶¹; reglas que, en su opinión, encarnan un postulado básico de la racionalidad práctica, que es “la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales”⁶².

Este último autor añade una argumentación en favor de la prioridad de la igualdad jurídica, y es que ésta, al fijarse sólo en el tratamiento jurídico y no en sus consecuencias fácticas, puede ser aplicado con mucha mayor facilidad que la igualdad de hecho, mientras que cuando se persigue la igualdad sustancial ha de justificarse que efectivamente las medidas normativas de diferenciación serán capaces de apuntar hacia una igualación de hecho en el ámbito vital que se considere relevante. Por ejemplo, si el Estado decide que un cierto grupo de niños obtenga educación gratuita plantearse si con tal medida se limita la desigualdad entre niños pobres y ricos, sino sólo si han quedado indebidamente excluidos algunos niños; en cambio, el juicio de igualdad sustancial no puede dejar de considerar la

60 P. Comanducci, *Assagi di metaetica*, citado, p. 110; F. Laporta, “El principio de igualdad...”, citado, p. 26

61 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 395 y s.

62 *Ibidem*, p. 405

razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la norma en relación con las situaciones de hecho y a la luz del fin perseguido, esto es, de limitar la desigualdad entre ricos y pobres en materia educativa. La igualdad de iure acepta el criterio clasificatorio del legislador (la renta familiar), salvo que sea radicalmente arbitrario; en cambio, la igualdad sustancial exige justificar que precisamente ese criterio que introduce desigualdades normativas es en sí mismo racional para obtener igualdades de hecho.

Enfocado de este modo, no cabe duda que el principio de igualdad deja abierto un ancho campo de libre configuración legislativa, es decir, un campo donde tratamientos iguales y desiguales resultan simultáneamente lícitos o admisibles. Pues, en efecto, mientras que la exigencia de una regulación desigual requiere una razón que imponga precisamente el tipo de desigualdad que se pretende establecer, la justificación de un tratamiento igual requiere tan sólo que no logre justificarse la obligatoriedad de la distinción; en consecuencia, allí donde exista sólo una razón que permita la desigualdad, queda autorizada tanto una regulación igualitaria como diferenciadora. Dicho de otra forma, inicialmente un control sobre el legislativo por violación del principio de igualdad sólo procede: a) cuando estamos en presencia de un tratamiento desigual, sin ninguna razón que lo permita; b) cuando estamos en presencia de un tratamiento igual, habiendo una razón que lo impida. Por ello, que un tratamiento desigual no resulte arbitrario o carente de razón no significa que, a sensu contrario, un tratamiento igual haya de reputarse arbitrario.

Hasta aquí hemos hablado del ámbito general cubierto por el principio de igualdad, que la Constitución reconoce en el primer inciso del artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley”. Sin embargo, el mismo precepto añade: “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Estas especificaciones constituyen casos de “igualdad normativa”⁶³, es decir, casos en que el tratamiento igualitario viene impuesto, no desde la racionalidad argumentativa, sino desde la propia disposición constitucional. Igualdad normativa que no se circunscribe a lo indicado en el artículo 14; del artículo 39, 2º, por ejemplo, se deduce la igualdad de los hijos con independencia de su filiación, y de las madres con independencia del estado civil, lo que significa que tales elementos (filiación y estado civil) no son razonables como criterios para establecer distinciones en la posición jurídica de hijos o madres. Pues bien, si antes

63 A. Carrasco, “El principio de no discriminación por razón de sexo”, citado, p. 28

hemos hablado de razones que permiten o imponen un trato diferencial, ahora nos encontramos ante razones que prohíben dicha diferenciación. La raza o el sexo son así criterios prohibidos a la hora de delimitar el contenido o el ámbito de eficacia de las normas.

La prohibición es, sin embargo, relativa. Como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, “si esta carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad..., tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta”⁶⁴. Los “criterios prohibidos” del artículo 14 pueden, en consecuencia, ser tomados en consideración como fundamento de un tratamiento desigual, en especial si tenemos en cuenta que el precepto alude conjuntamente a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, que obviamente, si se interpretase literalmente, impediría cualquier género de distinción, esto es, el ejercicio mismo de la potestad legislativa⁶⁵. De manera que estos criterios representan simplemente una razón más intensa para la prohibición de la desigualdad normativa, pero una razón que puede quedar superada por otras razones que en el caso tengan un peso superior. Tan sólo cabe exigir entonces un control más estricto, un “stric scrutiny”⁶⁶ o, si se quiere, una carga suplementaria de argumentación. En otras palabras, las especificaciones del artículo 14 vienen a recordar que, por regla general, la raza, el sexo o la religión no constituyen elementos razonables para diseñar un tratamiento jurídico particular.⁶⁷ Sin embargo, ni esas especificaciones del art. 14 ni ningún otro criterio excluyen por completo o con carácter general toda posible distinción normativa; es más, razones de igualdad sustancial pueden militar en favor de la desigualdad de iure y entonces cabe que alguno de los “criterios prohibidos” opere expresamente como base de la diferenciación. Así, por ejemplo, “la referencia al sexo en el art. 14 implica la

64 STC 81/1982

65 A. Ruiz Miguel, “La igualdad como diferenciación”, en Derechos de las minorías y grupos diferenciados, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, p. 288 y s.

66 F. Rubio, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, citado, p.31

67 Una interpretación distinta y no carente de argumentos es que los “criterios” del art. 14 no son simples ejemplos del mandato general de igualdad, sino tipos específicos de desigualdad que se traducirían en una prohibición de discriminaciones injustas, pero que admitirían, eso sí mediante un examen estricto, discriminaciones justas, como la llamada discriminación inversa. Vid. A Ruiz Miguel, “Las huellas de la igualdad en la Constitución”, en Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica., M. Reyes-Mate (ed.), Argenteria, Visor, Madrid, 1995, p. 116 y s. En todo caso, creo que la discusión no es aquí relevante: se interpreten como se interpreten, los criterios del art. 14 no encarnan prohibiciones absolutas, sino razones que pueden ser superadas.

decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo, en la perspectiva del art. 9.2 C.E., de promoción de las condiciones de igualdad no se considera discriminatorio que... se adopten medidas de acción positiva en beneficio de la mujer”⁶⁸.

Ahora bien, si no existe a priori ninguna razón que impida un trato diferenciador, tampoco debe existir ninguna razón que lo imponga. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional: el artículo 14 no funda un derecho a exigir divergencias de trato, sino un derecho a no sufrir discriminación⁶⁹. Esto no significa propiamente que un trato diferente no pueda venir impuesto en algunas ocasiones, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional⁷⁰, sino que ese trato diferente no puede ser exigido sólo como un imperativo de la segunda parte del principio de igualdad, es decir, de aquella que ordena tratar de forma desigual lo que es desigual. Por tanto, que lo desigual debe ser tratado de forma desigual supone tan sólo que pueden existir razones que permitan o que, valoradas todas las demás razones en pugna, impongan dicha desigualdad, no que exista algún criterio que siempre y en todo caso obligue a la diferenciación; del mismo modo que ni siquiera los criterios del artículo 14 prohíben siempre su utilización como elementos de trato diferenciado, así tampoco existe ningún criterio que, en virtud de la máxima de igualdad, imponga siempre un trato desigual; y ello pese a que, lo mismo que existen “igualdades normativas”, existen también “desigualdades normativas”, como la contenida en el artículo 103, 3 cuando establece que mérito y capacidad son dos criterios a valorar en el acceso a la función pública.⁷¹

Así pues, igualdad de iure e igualdad de hecho, o igualdad formal y real⁷² son modalidades tendencialmente contradictorias, pues quien “desea crear igualdad de hecho tiene que aceptar desigualdades de iure”⁷³, dado que el logro de la igualdad real consiste precisamente en operar diferenciaciones de tratamiento normativo a fin de compensar por vía

68 STC 3/1993

69 STC 52/1987 y 48/1989.

70 “El principio de igualdad, si bien ordena tratar de modo distinto a lo que es diferente, también exige que haya una correspondencia o proporcionalidad...”, STC 50/1991.

71 Que el mérito y la capacidad sean circunstancias que obliguen a establecer diferencias en el acceso a la función pública no significa, por cierto, que, a su vez, no puedan ser superadas por razones más fuertes. Por ejemplo, la STC 269/94 considera legítima la reserva de plazas de funcionario en favor de los minusválidos, entendiendo que no constituye una discriminación (que de iure lo es), sino al contrario, un restablecimiento de la igualdad de hecho en la línea del art. 9.2

72 F. Laporta, “El principio de igualdad”, citado, p.27.

73 R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, citado, p. 404

jurídica una previa desigualdad fáctica. Son modalidades tendencialmente contradictorias, pero que han de convivir en el plano constitucional, y de ahí que tampoco exista ninguna razón a priori que imponga siempre, como razón definitiva, un tratamiento desigual, y ello aunque sólo sea porque habrá de enfrentarse con las razones que avalen o apoyen la igualdad de iure y porque esta clase de igualdad suele tomar como criterio de distinción alguno de los prohibidos por el art. 14⁷⁴.

Todo ello pone de relieve que la igualdad opera como -según una cierta versión de la diferencia entre reglas y principio- se supone que hacen los principios, es decir, como mandatos de optimización que, cuando entran en conflicto, requieren un ejercicio de ponderación. Las reglas, en efecto, sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que los principios son mandatos de optimización que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible⁷⁵. La idea resulta particularmente fecunda en los casos de conflicto o de colisión entre reglas y entre principios. En el primer supuesto, o bien se declara inválida una de las reglas, o bien una de ellas opera siempre como excepción de la otra; en cambio, una colisión entre principios no se traduce en una pérdida de validez de alguno de ellos, sin que sea preciso tampoco formular una cláusula de excepción con carácter general, sino que cede uno u otro según las circunstancias del caso. Decidir cuál es el que triunfa exige un juicio de ponderación que valore el peso relativo de las razones que fundamentan cada uno de los principios en pugna⁷⁶; juicio que ciertamente no proporciona una solución indubitada, sino que representa un llamamiento al ejercicio de la racionalidad.

Pues bien, al margen de la virtualidad del criterio comentado en orden a la distinción entre reglas y principios, no cabe duda que resulta particularmente útil en relación con la igualdad, pues ésta opera siempre a partir de igualdades y desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad:

74 F. Rubio, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", citado, p.35.

75 Vid. R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, citado, p. 86 y s; también del mismo autor, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", Doxa, nº5, 1988, p. 143 y s. En realidad, no creo que todos los principios sean mandatos de optimización y, de hecho, la igualdad no lo es. Lo que ocurre es que, como se explica en el texto, los juicios sobre igualdad/desigualdad operan como conflictos entre principios, esto es, según lo que Alexy llama mandatos de optimización que, a su vez, se traducen en exigencias de ponderación. Vid. más ampliamente mis Lecciones de Teoría del Derecho, con J. Betegón, M. Gascón y J.R. de Páramo, Universidad de Castilla-La Mancha, Librería Popular, Albacete, 1995, p. 324 y s.

76 Vid. L. Gianformaggio, Studi sulla giustificazione giuridica, Giappichelli, Torino, 1986, p. 117

tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad pues no hay dos seres humanos ni dos situaciones idénticas. Ciertamente, como hemos indicado, parece existir una prioridad de la igualdad sobre la diferenciación, de manera que la regla podría describirse del siguiente modo: siempre existe alguna razón para la igualdad y, por tanto, ésta debe postularse mientras que alguna desigualdad fáctica -que siempre existirá- no proporcione una razón que permita o que, valoradas las razones en pugna, imponga una regulación diferenciada.

c) La igualdad sustancial.

Así pues, la cuestión reside en si las desigualdades de hecho pueden justificar desigualdades jurídicas orientadas precisamente a eliminar o limitar el alcance de las primeras; y justificar, además, en calidad de una posición subjetiva vinculada al art. 14, esto es, como una razón que en última instancia puede imponer, y no sólo permitir, el tratamiento normativo desigual. Por tanto, el problema es doble: de un lado, determinar qué tipo de desigualdades de hecho cabe alegar como fundamento de una desigualdad jurídica; y segundo, si en algún caso aquéllas desigualdades son capaces de representar una razón suficiente que imponga el trato desigual.

Naturalmente, el primero de los interrogantes no puede ser respondido aquí, pues encierra nada menos que la justificación política del Estado social, de cuándo y en qué medida pueden alterarse las leyes “naturales” (naturales en sentido estricto, pero también de fortuna social) que permiten una participación desigual de las personas en el conjunto de los bienes y de las expectativas. Baste decir (pues esto es ahora suficiente) que las desigualdades que han de ser compensadas son las desigualdades inmerecidas, pues, en palabras de Kymlicka, “las porciones distributivas no debieran estar influidas por factores que son arbitrarios desde el punto de vista moral”⁷⁷. Es obvio que no toda diferencia debe combatirse; al contrario, algunas deben tolerarse y hasta tutelarse. Como escribe Ferrajoli, “el principio (o deber) de tolerancia sirve para fundar el conjunto de los derechos de libertad”, pero además “debe hablarse de un principio (o deber) de no tolerancia, que vale para fundamentar el concepto de los derechos sociales”: aquello que está en la base de los derechos civiles, creencias y

77 W. Kymlicka, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, trad. de R. Gargarella, Ariel, Barcelona, 1995, p. 70

planes de vida, debe ser tolerado; aquello otro que está en la base de los derechos sociales, carencias o pobreza, no debe tolerarse⁷⁸.

Pero, volviendo al segundo problema, ¿en qué medida la igualdad material puede dar lugar a pretensiones concretas e inmediatamente exigibles?; con base en el art. 14 y sin mediación legislativa, ¿es posible reclamar una desigualdad de trato del mismo modo que se reclama la eliminación de una discriminación directa o negativa?, ¿pueden las exigencias de igualdad sustancial fundamentar una posición análoga a la que proporciona las exigencias de igualdad formal?; en suma, si cabe pedir que “los iguales sean tratados como iguales”, ¿cabe pedir también que “los desiguales sean tratados como desiguales”?

Como se recordará, la norma de la desigualdad presenta dos peculiaridades: la primera es que funciona siempre como un principio, pues, aunque haya razones para la desigualdad, siempre habrá alguna para la igualdad; lo que significa que proporcionará en todo caso razones prima facie, que han de “combatir” con principios opuestos. La segunda es que, así como la igualdad resulta obligada cuando no exista ningún motivo que permita el trato desigual, este último, en cambio, requiere que exista una razón suficiente que, valoradas todas las razones en pugna, ordene el tratamiento desigual⁷⁹. Por tanto, la cuestión es si este último caso puede concebirse en el marco del actual Estado constitucional.

Ciertamente, existe una dificultad inicial de no pequeño alcance, y es que la igualdad de hecho se presta a múltiples interpretaciones y concepciones, sin que la Constitución contenga un programa preciso de distribución, ni una prelación exacta de las necesidades atendibles. Una “política social” desarrollada por el Tribunal Constitucional cercenaría la libertad de configuración que en este campo se reconoce al legislador, único sujeto facultado para escoger, de entre las distintas concepciones, la que en cada ocasión debe imperar. Además, y esta es la otra cara de la misma moneda, la igualdad material requiere importantes recursos financieros, escasos por definición, cuyo reparto forma parte también de la libertad política de quien representa la voluntad popular. Por tanto, un reconocimiento expreso de pretensiones subjetivas de igualdad de hecho con base únicamente en la interpretación del art. 14, y sin mediación legislativa,

78 L. Ferrajoli, “Tolleranza e intollerabilità nello stato di diritto”, en Analisi e Diritto, Giappichelli, Torino, 1993, p. 289. He tratado más ampliamente de la fundamentación de los derechos sociales y de la igualdad sustancial, que es coincidente, en Estudios sobre derechos fundamentales, Debate, Madrid, 1990, p. 43 y s.

79 Vid. R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, citado, p. 408 y s.

supondría una intromisión exorbitante del Tribunal Constitucional en el ámbito de la discrecionalidad del Parlamento. Como veremos, no ocurre exactamente lo mismo ante derechos expresos de naturaleza prestacional, pues éstos, por numerosas que sean las dificultades que presentan, entrañan ya una cierta decisión constitucional en favor de la urgencia o exigibilidad de determinados requerimientos de igualdad de hecho.

Por otra parte, aunque unido a lo anterior, desde el punto de vista de la jurisdicción constitucional, la igualdad formal opera de un modo muy distinto a como lo hace la igualdad material. Porque la primera, en efecto, se traduce en una exigencia negativa que se acomoda bien a la propia naturaleza del Tribunal concebido como legislador negativo; éste, cuando declara que una ley, una sentencia o una decisión viola la igualdad ante la ley desempeña normalmente una tarea de anulación, supresión o eliminación, en suma, de depuración del ordenamiento. En cambio, reconocer que alguien tiene derecho a una prestación porque así lo exige la igualdad material implica una labor positiva, propiamente normativa, donde el Tribunal sustituye al legislador dado que ha de crear una norma que vincule determinada prestación con cierta posición de hecho.

Sin embargo, y aunque la articulación jurisdiccional tropiece con serias dificultades, las objeciones que hemos visto no impiden por completo que, en ciertos casos, pretensiones de igualdad material puedan formularse como posiciones subjetivas amparadas por el derecho fundamental a la igualdad. Desde luego, un reconocimiento abierto o general de pretensiones de esta naturaleza parece inviable, pero un reconocimiento matizado no debe excluirse. En concreto, creo que esa viabilidad se da en tres supuestos: primero, cuando la igualdad material viene apoyada por un derecho fundamental de naturaleza prestacional directamente exigible, lo que supone una toma de posición constitucional que elimina toda ulterior discusión; por ejemplo, se tiene derecho a la educación gratuita en ciertos niveles sin necesidad de invocar una exigencia de igualdad sustancial, pues “el derecho de todos a la educación (presenta) una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad...”⁸⁰.

El segundo supuesto tiene lugar cuando una pretensión de igualdad sustancial concurre con otro derecho fundamental, aun cuando no sea de naturaleza prestacional. Naturalmente, sería de todo punto apresurado

80 STC 86/1985

suponer que las libertades “negativas” generan sin más un derecho a obtener prestaciones concretamente exigibles; de nuevo hay que decir que, si bien los poderes públicos pueden “subvencionar” la libertad⁸¹, no están obligados a hacerlo. Sin embargo, al menos hay un caso en el que cabe afirmar que una libertad o garantía genera una exigencia de igualdad material traducible en una prestación: el derecho a la defensa y asistencia de Letrado⁸².

En efecto, ya en una temprana sentencia de 1982, el Tribunal Constitucional observaba que tal derecho, concebido inicialmente en el marco del Estado de Derecho, había de ser reinterpretado en el marco del Estado social, sugiriendo que “la idea del Estado social de Derecho y el mandato genérico del art. 9.2 exigen seguramente una organización del derecho a ser asistido de Letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un munus honorificum de los profesionales de la abogacía⁸³. Más claramente, proporcionar asistencia letrada “se torna en una obligación jurídico-constitucional que incumbe singularmente a los órganos judiciales”, hasta el punto de que puede originarse una situación de indefensión “si al litigante carente de recursos económicos no se le nombra un defensor de oficio”⁸⁴.

Así pues, la garantía de la tutela judicial efectiva no genera un derecho universal al asesoramiento gratuito de abogado, pero sí puede fundamentar una pretensión de esa naturaleza cuando el sujeto, además de hallarse en una situación de necesidad económica, resulta acreedor a la tutela que ofrece el art. 24. Esto es, el art. 24 protege unos derechos que se postulan como universales, de manera que, ante carencias de hecho, puede poner en marcha acciones de igualdad material; o, si se prefiere a la inversa, una medida de igualdad material se hace concretamente exigible cuando de la misma depende una garantía a la que “todos tienen derecho”.

Finalmente, el último supuesto se produce cuando una exigencia de igualdad material viene acompañada por una exigencia de igualdad formal. Porque, en efecto, uno de los problemas que presenta la discriminación positiva es que suele faltar un tertium comparationis suficientemente

81 Por ejemplo, “el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades”, STC. 24/1982.

82 Curiosamente el mismo caso sirve de ejemplo para ilustrar la jurisprudencia alemana e italiana a propósito de la igualdad sustancial. Vid. R. Alexy Teoría de los derechos fundamentales, citado, p.403; R. Bin, Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale, Giuffrè, Milano, 1992, p.116.

83 STC. 42/1982.

84 STC. 132/1992.

sólido o convincente: que el Estado subvencione la educación o atienda las situaciones de extrema necesidad no puede ser invocado como discriminatorio por quien pretende una vivienda gratuita o de precio reducido, pues, según hemos dicho, la Constitución carece de un programa ordenado de distribución de los recursos. Otra cosa sucede, sin embargo, si los poderes públicos deciden entregar viviendas gratuitas a una cierta categoría de personas y utiliza en la delimitación de esa categoría un criterio irracional, falto de proporción o de cualquier modo infundado; entonces, una pretensión de igualdad material, en principio no exigible ante el Tribunal Constitucional, se fortalece o adquiere virtualidad gracias al concurso de la igualdad formal: el legislador decide que esa pretensión está justificada, pero “clasifica” mal el núcleo de destinatarios merecedores de la misma y, por tanto, quienes resultan discriminados pueden reclamar unos beneficios a los que, de otro modo, no tendrían derecho. Esta es la razón de ser de muchas de las llamadas sentencias aditivas del Tribunal Constitucional⁸⁵, es decir, de aquellas decisiones en las que el Tribunal extiende a sujetos no mencionados en la norma los “beneficios” en ella previstos; por ejemplo, la STC 103/1983, que amplió para los viudos el régimen de pensiones más favorable establecido para las viudas; o la 116/1987, que consideró que los militares republicanos ingresados en el Ejército después de la rebelión del 18 de julio de 1936 merecían iguales atenciones que aquellos que lo hicieron con anterioridad. Muy probablemente, ni los viudos ni los viejos defensores de la República hubiesen podido fundar una pretensión iusfundamental a la obtención de cierta clase de pensión o ayuda de no ser porque el legislador decidió previamente que tal pretensión estaba justificada para cierto colectivo “análogo”. Es verdad que las consideraciones de igualdad sustancial no bastan y que se requiere además el concurso de la igualdad formal; pero esta última tampoco constituye la justificación de la pretensión iusfundamental, sino que simplemente proporciona el término de comparación que permite considerar irracional la exclusión de un sujeto o grupo.

Ciertamente, este género de sentencias plantean problemas tanto desde el punto de vista de las relaciones entre el legislador y el juez constitucional, como desde la perspectiva de la articulación de la igualdad en forma de prestaciones. Lo primero porque, como es obvio, las “adiciones” o manipulaciones⁸⁶ convierten a quien en la concepción kelseniana era un

85 R. Bin las denomina más claramente “sentencias aditivas de prestación”, *Diritti e argomenti...*, citado, p. 117

86 Por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional italiana 215/1987 ordena que allí donde la ley dice que “será facilitada” la integración de los minusválidos en la escuela, en lo sucesivo diga que “será garantizada”. Vid. R. Bin, *Diritti e argomenti*, citado, p.119.

legislador negativo en un legislador positivo⁸⁷. Y lo segundo porque el Tribunal es un órgano poco idóneo o casi imposibilitado para establecer las estructuras administrativas, los procedimientos y las variadas modalidades que exigen o admiten los derechos prestacionales⁸⁸. Con todo, si las sentencias aditivas prestacionales son posibles, es porque resultan también posibles pretensiones basadas en la igualdad material.

La Constitución, pues, ampara directamente posiciones iusfundamentales de igualdad de hecho, si bien con un carácter fragmentario que exige el concurso de otras razones, es decir, de otros derechos o de la propia igualdad formal. Más concretamente, parece que los “complementos” que requiere la igualdad sustancial desempeñan funciones distintas. La concurrencia de un derecho prestacional inmediatamente exigible, como la enseñanza, implica la consagración constitucional de una concreta pretensión adscribible a la igualdad de hecho; que los poderes públicos tienen la obligación de prestar el servicio de la enseñanza supone por ello una toma de posición que elimina toda ulterior discusión: se tiene derecho a la educación gratuita en ciertos niveles sin necesidad de invocar el art. 14. A su vez, la concurrencia de un derecho en principio no prestacional, como el derecho de defensa y a la tutela efectiva, implica una cierta presunción de que el bien tutelado es valioso y merece protección; esto es, que, entre los múltiples objetivos que pueden perseguir las acciones positivas de prestación, hay algunos que aparecen “privilegiados” por la Constitución (los derechos fundamentales), representando en consecuencia una razón fuerte en favor de la adopción de medidas de igualdad material. Por último, la presencia de un argumento de igualdad de iure o ante la ley significa que, de entrada, no existiría un derecho constitucional a prestaciones, pero que, dada la opción legislativa en favor de ofrecer esas prestaciones a ciertos destinatarios, un imperativo de racionalidad o coherencia exige su extensión a otros sujetos.

5.- La naturaleza de los derechos prestacionales.

a) El problema de su valor jurídico.

Creo que existe una cierta conciencia de que los derechos sociales en general y muy particularmente los derechos prestacionales o no son

87 Vid. F. Rubio, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº22, p. 38; M. Gascón, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº41, p. 66 y s.

88 Vid. L. Elia, “‘Consitucionalismo cooperativo’. ‘Racionalidad’ y ‘Sentencias aditivas’ en la jurisprudencia italiana sobre control de normas”, en División de poderes e interpretación, Tecnos, Madrid, 1987.

auténticos derechos fundamentales, representando una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación. Esto ocurre incluso en la que parece ser filosofía política dominante, que concibe a estos derechos como expresión de principios de justicia secundarios, cuando no peligrosas confirmaciones del criterio utilitarista que amenaza el disfrute de los derechos individuales; o sea, en ningún caso se trata de triunfos frente a la mayoría e incluso, en no pocas exposiciones, aparecen como los principales enemigos que han de superar esos triunfos⁸⁹. Consecuentemente, de otro lado, en el panorama que ofrecen los ordenamientos de corte liberal, los derechos prestacionales tienden a situarse en el etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos, desde luego, de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los derechos fundamentales⁹⁰. La simple lectura del art. 53 de la Constitución española confirma esta impresión: existen unos derechos civiles y políticos intangibles para el legislador y rodeados de múltiples garantías, y existen unos principios (ni siquiera derechos) rectores de la política social y económica que “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Ciertamente, no todos los derechos prestacionales se hallan recogidos en el Capítulo III del Título I, ni, por cierto, en ese capítulo hay sólo derechos prestacionales, pero no cabe duda que el grueso de la que pudiéramos llamar promesa prestacional de la Constitución se encuentra bajo dicha rúbrica. Por eso, es muy significativo el juicio de uno de los primeros comentaristas: el Capítulo III, decía Garrido Falla en 1979, “está lleno de declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico”⁹¹, pues para que una declaración tenga carácter jurídico no basta su inclusión en un texto constitucional o legal, sino que además es necesario “que tenga estructura lógica de norma jurídica: que sea una orden, un mandato, prohibición...”⁹², esto es, que adopte una determinada estructura lingüística imperativa.

Esta es una idea ampliamente extendida. Por citar sólo un par de ejemplos, decía E. Forsthoff que el intento de dar vida a derechos sociales

89 He tratado este punto en mis Estudios sobre derechos fundamentales, citado, p.43 y s.

90 Vid. J.L. Cascajo, La tutela constitucional de los derechos sociales, citado, p. 77 y s.

91 F. Garrido Falla, “El artículo 53 de la Constitución”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº21, 1979, p. 176

92 F. Garrido Falla, “Comentario al art. 53” en F. Garrido Falla y otros, Comentarios a la Constitución, Civitas, Madrid, 1980, p. 590

“tenía que fracasar, porque formulaciones de este tipo no son aptas para fundamentar derechos y deberes concretos”⁹³. Más rotundamente, escribe Ph. Braud que “los derechos-obligaciones positivas... no son normas jurídicas, pues carecen de una condición indispensable: la aptitud para la efectividad” y, siendo así, “se sitúan fuera del Derecho”⁹⁴.

Me parece que esta posición ha sido hoy mayoritariamente abandonada, pues “ya no se puede dar por buena la vieja tesis, de la época de Weimar, según la cual la imposibilidad de la aplicación inmediata de los derechos sociales constitucionales viene dada por su propia indeterminación”⁹⁵. Sin duda, los principios rectores del Capítulo III, como todos los valores y principios de la Constitución, tienen naturaleza jurídica y participan de la fuerza propia de las normas constitucionales⁹⁶. Ante todo, porque la formulación lingüística del precepto no es un criterio definitivo para separar el Derecho de las buenas intenciones, pues, al margen de que no todos los derechos prestacionales aparecen con la misma estructura lingüística, lo cierto es que la concepción del positivismo teórico a propósito de las normas puede considerarse superada: sencillamente, no es cierto que allí donde falta un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica perfectamente delimitados falte una norma jurídica⁹⁷. Que las normas materiales de la Constitución sean “en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas”⁹⁸ no representa ninguna dificultad a su carácter vinculante. En suma, la fuerza jurídica y el valor constitucional de las disposiciones de principio están hoy suficientemente acreditados⁹⁹; y, por otra parte, la llamada retórica constitucional no es monopolio del Capítulo III, sino que es posible hallarla en otros pasajes constitucionales, incluso dentro de la sección 1ª del Capítulo II, como en el art. 27.2º.

b) Dimensión objetiva de los derechos prestacionales.

En cuanto que normas objetivas, las cláusulas que recogen derechos

93 E. Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, trad de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p.258

94 Ph. Braud, *La notion de liberté publique en Droit français*, LGDJ, París, 1968, p. 152 y s.

95 J.L. Cascajo, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, citado, p. 70. En igual sentido, A. Garrorena, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, 1980, p. 66 y s.; J.R. Cossío, *Estado social y derechos de prestación*, citado, p. 252.

96 Vid. el estudio más detallado de M. Aragón, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, p.74 y s.

97 He tratado este tema más ampliamente en las *Lecciones de Teoría del Derecho*, con J. Betegón, M. Gascón y J.R. de Páramo, citado, p.323 y s.

98 Vid. F. Rubio, “La Constitución como fuente del Derecho”, citado, p. 63.

99 He tratado la cuestión más detenidamente en *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, C.E.C., Madrid, 1992, p.135 y s.

sociales o prestacionales vinculan a todos los poderes públicos, incluido el legislador, por lo que, en principio, nada impide que sean invocados en cualquier instancia jurisdiccional y, por supuesto, que sirvan de parámetro para el juicio de constitucionalidad. Böckenförde ha resumido esa vinculación efectiva en tres aspectos: el fin o programa que supone un derecho prestacional se sustrae a la en otro caso libertad del legislador; es inadmisibles la inactividad o la desatención evidente y grosera por parte de los poderes públicos; y, por último, la satisfacción conferida a un derecho prestacional, una vez establecida, se muestra relativamente irreversible, en el sentido de que está protegida frente a una supresión definitiva o frente a una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera¹⁰⁰

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional pone de relieve que la toma en consideración de los principios rectores y de los derechos prestacionales en cuanto que normas objetivas no es meramente retórica. Por ejemplo, en una cuestión de inconstitucionalidad acerca del art.160 de la Ley de Seguridad Social de mayo de 1974, el Tribunal acude al principio rector del art. 41 nada menos que para considerar caduco un modelo de Seguridad Social basado en el principio contributivo y de compensación frente al daño, y sustituirlo por un sistema basado en la protección frente a la necesidad o la pobreza económica. En concreto, “acoger el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección implica una tendencia a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección”¹⁰¹. Y, confirmando esta doctrina, una sentencia posterior declara que la Seguridad Social representa hoy una “función del Estado” cuya finalidad constitucional es la “reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad”¹⁰².

Precisamente, con motivo de otro asunto sobre pensiones, el Tribunal tuvo oportunidad de sentar una doctrina bastante nítida acerca del valor de los principios rectores y de su importancia en la interpretación constitucional. Ante todo, pone de relieve la conexión existente entre el principio del Estado social y democrático de Derecho (art.1,1), la igualdad sustancial (art.9,2) y los principios rectores del Capítulo III, cuyo régimen jurídico establecido

100 Vid. E.W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, citado, p. 81.

101 STC 103/1983

102 STC 65/1987. La STC 37/1994, si bien reconoce la libertad del legislador para modular la acción protectora del sistema, recuerda que el art. 41 “consagra en forma de garantía institucional un régimen público” cuyo “núcleo o reducto indisponible por el legislador... ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

en el art.53,3 “impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”; particularmente, en este caso el juego de los tres criterios enunciados se muestra fundamental para enjuiciar cuándo una desigualdad jurídica entraña discriminación; más aún, el art. 50 relativo a la protección de la vejez resulta ser un “criterio de interpretación preferente”¹⁰³. Cabe decir que hoy esta es una doctrina plenamente consolidada: los principios rectores, “al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículo 9 y 53 de la Constitución”¹⁰⁴.

La proclamación del valor normativo de los principios rectores es frecuente en la jurisprudencia constitucional, si bien la concreta operatividad de los mismos no resulta siempre uniforme y generalmente depende de la presencia de otras disposiciones constitucionales relevantes para el caso. Así, en ocasiones, los principios vienen a justificar limitaciones a ciertos derechos que de otra manera acaso no podrían formularse: la protección del medio ambiente (art.45) juega como límite a la explotación de los recursos naturales y al aumento de la producción, en suma, al derecho de propiedad¹⁰⁵; del mismo modo, la política de pleno empleo (art. 40) “supone una limitación de un derecho individual, como el derecho al trabajo” (art. 35), limitación que está justificada porque “se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país”¹⁰⁶. Otras veces, en cambio, es el propio Tribunal quien armoniza distintas disposiciones, concretando el alcance de algún principio; por ejemplo, el principio de protección a la familia (art. 39) no sólo constituye un límite a la embargabilidad de bienes¹⁰⁷, sino que permite derivar a través del art. 14 una igualdad “por arriba” entre civiles y militares en materia de embargo de haberes¹⁰⁸; y el genérico principio del Estado social unido a las exigencias de la igualdad sustancial obliga a realizar la equiparación de sexos extendiendo la regulación más favorable: “dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho... y la obligación que al Estado imponen

103 STC 19/1982

104 STC 14/1992

105 STC 64/1982 y 66/1991

106 STC 22/1981

107 STC 113/1989

108 STC 54/1986

los arts. 9,2 y 35... debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera... no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino”¹⁰⁹.

Finalmente, si antes vimos que un derecho prestacional inmediatamente exigible como la educación daba lugar a posiciones subjetivas de igualdad sustancial, cabe constatar también que la conexión de esta última a una directriz o principio rector puede hallarse en la base de una norma objetiva. En este sentido, la jurisprudencia en materia de igualdad de la mujer trabajadora resulta interesante al menos por dos motivos: primero, porque el sexo no sólo constituye uno de los criterios prohibidos por el art. 14 en orden al establecimiento de desigualdades normativas, sino porque además el art. 35,1 reitera que en materia laboral “en ningún caso puede hacerse discriminación por razón de sexo”; y segundo, porque el enunciado prestacional que sirve para amparar desigualdades jurídicas en favor de una igualdad de hecho para la mujer resulta ser tan amplio o impreciso como el contenido en el art.39,2: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección...de las madres”. Pues bien, pese a ello, el Tribunal Constitucional “no puede ignorar” que existe una realidad de hecho discriminatoria para la mujer, por lo que, en tanto perdure, “no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social”¹¹⁰; es más, el mandato de “interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre”¹¹¹

La jurisprudencia examinada creo que pone de relieve una virtualidad y una insuficiencia. La virtualidad es que los principios rectores y los derechos prestacionales que derivan de los mismos encarnan normas objetivas de eficacia directa e inmediata al menos en dos aspectos: como cobertura de una acción estatal que en otro caso pudiera resultar lesiva desde la perspectiva de ciertos derechos y libertades; y como pautas

109 STC 81/1982. Por cierto, en esta sentencia pudiera apreciarse un atisbo del principio de irreversibilidad de las conquistas sociales; vid. L. Parejo, *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983, p. 89 y s. Sin embargo, no creo que el Tribunal Constitucional llegue tan lejos: la igualación “por arriba” entre trabajadores y trabajadoras es una opción interpretativa estimulada por los principios del Estado social y de la igualdad sustancial, pero ello no impide que “en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual”.

110 STC 128/1987

111 STC 109/1993

interpretativas de disposiciones legales o constitucionales, permitiendo soluciones más acordes con el modelo del Estado social. En consecuencia, sirven principalmente para justificar leyes ya dictadas desde el impulso político o también para escoger significados posibles dentro del ámbito semántico de esas leyes. En particular, creo que esta última es la dimensión más interesante desde el punto de vista de la interpretación constitucional: dada la pluralidad de significados, es decir, de normas que cabe obtener de todo enunciado lingüístico¹¹², los principios rectores se muestran como razones a favor de escoger aquellas más acordes con la igualdad sustancial y, en general, con los valores que están detrás del Capítulo III.

La insuficiencia me parece que también es doble: primero, y seguramente por la propia formulación lingüística de los principios rectores, por lo común indicativa y genérica, no puede decirse que resulte habitual invocarlos como parámetro único para acordar la inconstitucionalidad de una ley, aunque ello no resulte jurídicamente imposible; si cabe decirlo así, los principios rectores entran en escena más para respaldar al legislador que para sancionarlo, y es que los enunciados constitucionales resultan aquí lo suficientemente amplios como para que casi cualquier política pueda justificarse, pero también para que casi ninguna pueda reputarse como obligatoria. La segunda, y acaso más importante, es que a partir de los principios rectores es difícil construir posiciones subjetivas de prestación, no sólo porque existan dificultades procesales para que los sujetos titulares puedan reivindicar su cumplimiento, dos problemas que conviene a mi juicio separar, sino por otras razones que serán seguidamente examinadas.

c) Dimensión subjetiva de los derechos prestacionales.

Así pues, que la toma en consideración de los derechos prestacionales resulte relevante todavía no demuestra que los mismos puedan cimentar auténticas posiciones subjetivas iusfundamentales del mismo tipo que las que nacen de las libertades individuales; es decir, posiciones que supongan el reconocimiento constitucional a determinada prestación en ausencia de ley que desarrolle el principio rector, o incluso contra la voluntad de la mayoría expresada en la ley. Pero para abordar esta cuestión conviene aclarar dos aspectos, a saber: el estatus constitucional de los derechos prestacionales y las eventuales dificultades de su tutela judicial derivadas de la exigencia de desarrollo legislativo.

112 Vid. R. Guastini, Dalle fonti alle norme, Giappichelli, Torino, 1990p. 15 y s.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, conviene advertir que, si bien la mayor parte de los derechos prestacionales aparecen en el devaluado Capítulo III, algunos otros gozan de la máxima protección jurídica. Ya hemos tenido oportunidad de referirnos a la asistencia y defensa letrada; desde luego, es evidente que aquí los poderes públicos tienen una cierta libertad de configuración en orden a regular las formas y modalidades de las prestaciones, pero en ningún caso hasta el punto de suprimir o debilitar absolutamente el derecho: en determinadas circunstancias, toda persona tiene derecho a obtener y el Estado la obligación de proporcionar defensa letrada gratuita. Lo mismo cabe decir del derecho a la educación: también aquí el legislador dispone de una amplia discrecionalidad para organizar la enseñanza, pero al final ha de garantizar la escolarización gratuita de todos los niños en los niveles básicos, y esta es sin más una pretensión accionable ante los Tribunales, incluido el Constitucional¹¹³. En ambos casos, y por muy amplia que sea la libertad de configuración del legislador como consecuencia de la propia imprecisión del precepto, el estatus constitucional fuerte de estos derechos prestacionales, es decir, su inclusión en la sección 1ª del Capítulo II, parece resolver el problema de su tutela judicial; luego este último no deriva inicialmente, como a veces parece pensarse, sólo de la estructura lingüística del enunciado que reconoce el derecho: aunque sea mucho lo que le corresponde decir al legislador, la tutela judicial del derecho a una prestación educativa está fuera de duda, y esa tutela se proyecta lógicamente sobre dimensiones subjetivas.

Sin embargo, y esta es la segunda cuestión previa, resulta que la mayor parte de los derechos prestacionales aparece recogida en el Capítulo III del Título I y, por tanto, se ve afectada por el art. 53,3: los principios rectores/derechos prestacionales “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Como ya se ha dicho, la redacción del precepto no es muy afortunada, pero en modo alguno puede suponerse que los arts. 39 y siguientes de la Constitución no sean alegables ante los tribunales ordinarios, pues, si su reconocimiento, respeto y protección debe informar la “práctica judicial”, es evidente que no sólo son alegables, sino

113 En cambio, como es comprensible, el Tribunal Constitucional ha interpretado muy cautamente el art. 35, donde se reconoce el derecho al trabajo. En su opinión, este derecho presenta dos dimensiones muy distintas: de libertad, tutelada por el art. 35, y de prestación, que adscribe, en cambio, al art. 40.1, que simplemente establece que los poderes públicos “realizarán una política orientada al pleno empleo”. Vid STC 22/1981

que deberán ser aplicados por los tribunales. En realidad, lo que el precepto parece querer decir es que los principios rectores no son todavía derechos en sentido técnico¹¹⁴, es decir, no amparan una concreta acción ante la justicia dirigida a obtener la prestación “prometida”. Las normas constitucionales son directamente invocables y aplicables en el curso de cualquier controversia jurídica, pero su configuración como verdaderos derechos accionables ante la jurisdicción requiere la mediación del legislador, cuya función será concretar el alcance de la declaración, establecer formas de tutela, etc. Esta conclusión se obtenía con mayor claridad de la primitiva redacción del precepto¹¹⁵, pero la fórmula vigente debe conducirnos al mismo resultado.

Ahora bien, esta exigencia de desarrollo legislativo no vacía de contenido constitucional a los derechos prestacionales, ni siquiera impide que pueda apreciarse en ellos una dimensión subjetiva. Primero, porque la intervención del legislador es necesaria para articular derechos subjetivos accionables ante los tribunales y sólo conveniente para perfilar los contornos de unos derechos que ya existen en y desde la Constitución. Y, segundo, porque el desarrollo legislativo resulta también imprescindible en otros muchos derechos fundamentales¹¹⁶, y del mismo modo que en la hipótesis (absurda) de que el Estado decidiese dismantelar la organización de justicia o en la (no tan absurda) de que quisiera hacer lo propio con el sistema público de enseñanza, ni el derecho a la tutela judicial ni el derecho a la educación dejarían de ser derechos constitucionales, así tampoco los derechos prestacionales deben su existencia a la actitud del legislador. Pero, sobre todo, conviene insistir en que la restricción contenida en el art. 53,3 afecta sólo a las posibilidades de tutela judicial ordinaria, que acaso sea la principal consecuencia de la dimensión subjetiva de un derecho, pero que no se identifica con ella. El mencionado precepto no impide - entre otras cosas porque no podría hacerlo- que por vía interpretativa se perfilen pretensiones subjetivas a partir de enunciados prestacionales, por más que esa interpretación no pueda producirse en el curso de un proceso ordinario iniciado por el sujeto titular con el único apoyo de un principio rector. Así pues, con desarrollo legislativo o sin él, si los derechos prestacionales del

114 Empleo aquí la terminología de Kelsen: “un derecho subjetivo en sentido técnico (consiste) en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación”, Teoría pura del derecho, 2º ed.1960, trad de R. Vernengo, UNAM, Mexico, 5ª ed., 1986, p. 147.

115 En el proyecto constitucional publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 5 de enero de 1978 se decía que “no podrán ser alegados directamente como derechos subjetivos ante los tribunales”.

116 Vid. R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, citado, p. 496

Capítulo III han de informar la práctica judicial, es que pueden ser objeto de interpretación por los tribunales ordinarios, cualquiera que sea la vía judicial utilizada; y, desde luego, resultan justiciables también ante el Tribunal Constitucional, y no sólo a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, sino acaso también mediante el recurso de amparo. Ciertamente, esta posibilidad requiere una interpretación algo tortuosa, dado que los principios rectores del Capítulo III están excluidos del recurso de amparo, pero creo que no se encuentra impedida por completo; por ejemplo, cabría articular dicho recurso a través de alguno de los derechos susceptibles de obtener tutela judicial mediante ese procedimiento para seguidamente ser interpretado a la luz o en conexión con un derecho prestacional¹¹⁷. En suma, que la jurisdicción ordinaria no pueda brindar tutela directa a posiciones subjetivas nacidas de un derecho prestacional mientras falte el desarrollo legislativo, según establece el art. 53,3, no significa que en el curso de cualquier procedimiento tenga prohibida la consideración de los principios rectores, como tampoco impide que haga lo propio el Tribunal Constitucional por cualquier camino procesal, incluido el amparo si resulta viable a través de otro derecho¹¹⁸.

Por otra parte, el recurso de amparo resulta posible una vez que se haya producido el desarrollo legislativo a que alude el art. 53,3 y, por tanto, una vez que la jurisdicción ordinaria tenga competencia para conocer demandas directamente orientadas a la tutela de derechos prestacionales. En efecto, del mismo modo que cuando la violación de un derecho se ha producido en una relación jurídico privada el Tribunal Constitucional imputa la infracción al juez que no puso el adecuado remedio, considerando que en su omisión se encuentra el “origen inmediato y directo” de la violación (art.44,1 LOTC)¹¹⁹, así también cuando un derecho prestacional no resulta satisfecho por el sujeto público o privado llamado a cumplirlo y la jurisdicción deja de prestar la adecuada tutela, cabe admitir el amparo contra la sentencia correspondiente; siempre, claro está, que además

117 Cabe hablar aquí de una ampliación del ámbito del recurso de amparo por vía de conexión, esto es, de la tutela de una garantía o derecho en principio excluido del núcleo protegido, pero que se puede conectar a otro derecho susceptible de amparo. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha defendido una especie de derecho al rango de ley orgánica a partir de una conexión entre el art. 17,1 y el 81,1, STC 159/1986; o un derecho a la motivación de las decisiones judiciales sobre la base de la conexión del art. 120,3 al 24,1, STC 14/1991.

118 Por ejemplo, un derecho al “mínimo vital” podría construirse a partir del derecho a la vida (art.15), del principio de Estado social (art. 1,1), conectado a la dignidad de la persona (art. 10,1) y, en fin, de algún principio rector, como el derecho a la protección de la salud, a una vivienda digna, etc.

119 Vid., por ejemplo, STC 55/1983 y 18/1984

pueda invocarse alguno de los derechos susceptibles de amparo. En cierto modo, este es el camino que parece anunciar el Tribunal cuando, ante el incumplimiento por el empresario de las medidas de sanidad e higiene en el trabajo, dice que “la pasividad del juez ante una conducta empresarial que pusiera en peligro la vida o la integridad física de los trabajadores podría vulnerar el derecho de éstos a dichos bienes y a los preceptos que los reconocen”¹²⁰.

Y llegados a este punto, es decir, al punto en que un órgano jurisdiccional a través de cualquier vía o procedimiento es llamado a decidir sobre un derecho prestacional, se suscita la que acaso sea pregunta nuclear: en qué condiciones y con qué alcance puede ofrecerle tutela. Aquí quizás convenga llamar la atención sobre dos modalidades distintas de derechos prestacionales, aun cuando las consecuencias prácticas no sean a mi juicio muy diferentes. La primera es la modalidad de los derechos propiamente dichos, por impreciso que pueda resultar el contenido obligacional; por ejemplo, “se reconoce el derecho a la protección de la salud” (art. 43,1) o “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47). La segunda modalidad es la de los principios-directriz; por ejemplo, los poderes públicos “realizarán una política orientada al pleno empleo” (art. 40,1), “mantendrán un régimen público de Seguridad social” (art. 41) o “realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” (art. 49). En mi opinión, la diferencia es más bien de matiz. Los principios-directriz son normas programáticas o mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferente grado o, lo que es lo mismo, porque no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines, pero sin imponer los medios adecuados para ello, ni siquiera tampoco la plena satisfacción de aquellos fines: “realizar una política de... u orientada a..., promover las condiciones para...” en puridad no supone establecer ninguna conducta determinada como jurídicamente debida¹²¹.

Los enunciados normativos que presentan la fisonomía de derechos, en cambio, no serían principios abiertos, sino reglas, aunque tan sumamente imprecisas que apenas permitirían fundar pretensiones concretas por vía de interpretación: el derecho a la vivienda, por ejemplo, puede intentar satisfacerse mediante subsidios de alquiler o fijando un precio tasado o, en

120 ATC 868/1986

121 Vid. M. Atienza y J. Ruiz Manero, “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, 10, 1991, p. 110.

fin, mediante la construcción pública; por otro lado, ¿qué condiciones ha de reunir una “vivienda digna”?, ¿debe garantizarse a todos o sólo a quienes carecen de cierto nivel económico?¹²². Y lo mismo cabe decir del derecho al trabajo: entre las más modestas medidas de fomento del empleo y el ideal de que cada persona pueda gozar en todo momento de un trabajo adecuado, gratificante y seguro existe un amplísimo campo de posibilidades.

Que el enunciado constitucional y, por tanto, que el contenido obligacional de los derechos prestacionales resulte abierto o impreciso no constituye ninguna novedad para la teoría de la interpretación, que con frecuencia ha de trabajar con conceptos no menos vagos o ambiguos. El problema reside en determinar quién es el sujeto competente para configurar de modo concreto lo que en la Constitución aparece con perfiles tan difuminados, si dicha tarea corresponde sólo al legislador y a la Administración o si, por el contrario, la jurisdicción y especialmente la jurisdicción constitucional goza también de alguna competencia en esta materia. Aquí es donde aparece la principal dificultad para una consideración de los derechos prestacionales como auténticos derechos fundamentales susceptibles de tutela judicial: las prestaciones, en efecto, requieren un amplio entramado organizativo, el diseño de servicios públicos, el desarrollo de procedimientos y, sobre todo, el empleo de grandes medios financieros que implican la adopción de decisiones típicamente políticas, de “legislación positiva” que, en el marco del Estado de Derecho y de separación de poderes, parecen excluidas del ámbito jurisdiccional¹²³. Sin embargo, de aceptarse íntegramente esta idea, la conclusión resultaría cuando menos desalentadora, ya que entonces los derechos prestacionales carecerían de toda dimensión subjetiva, es decir, no serían propiamente derechos¹²⁴, ni siquiera derechos fragmentarios, sino sólo normas constitucionales objetivas con todas sus virtualidades, salvo acaso la más importante, la de ser capaces de cimentar posiciones iusfundamentales.

Alexy ha intentado resolver el problema con una agumentación sugestiva. La idea fundamental es que, desde la Constitución, debe renunciarse a un modelo de derechos sociales definitivos e indiscutibles; las exigencias prestacionales entran siempre en conflicto con otros principios o derechos, singularmente con la competencia legislativa y con los requerimientos de otras libertades o derechos, por lo que determinar en cada caso concreto si está justificada una prestación requiere un previo

122 Vid. E.W. Böckenförde, Escritos sobre derechos fundamentales, citado, p. 77

123 Vid. E.W. Böckenförde, Escritos sobre derechos fundamentales, citado, p. 77

124 Vid. en este sentido, J.R. Cossío, Estado social y derechos de prestación, citado, p. 233 y s.

ejercicio de ponderación entre razones tendencialmente contradictorias que siempre concurrirán en mayor o menor medida. Concretamente, una posición de prestación estará definitivamente garantizada cuando el valor que está detrás de los derechos sociales, la libertad real o efectiva, exija con urgencia la satisfacción de una necesidad y, a su vez, los principios o derechos en pugna (el principio democrático en favor del legislador, las libertades de terceros, etc.) se vean afectados de modo reducido. En opinión de Alexy, esta condición se cumple “en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar...”¹²⁵

El Tribunal Constitucional español no parece haber llegado tan lejos, sino que, más bien al contrario, su firme reconocimiento de la libertad de configuración por parte del legislador parece impedir toda posible construcción de posiciones subjetivas de carácter prestacional. De un lado, en efecto, da a entender que de los principios rectores no cabe obtener ningún tipo de derecho subjetivo¹²⁶, acaso identificando la inviable tutela directa a través del recurso de amparo con la imposibilidad de perfilar posiciones subjetivas a partir de tales principios. De otro lado, subraya el carácter no vinculante de los medios necesarios para cumplir los fines o las prestaciones constitucionales; por ejemplo, en relación con el principio de protección familiar (art.39), sostiene que “es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo el mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte a priori constitucionalmente obligado”¹²⁷; y lo mismo cabe decir de la Seguridad Social, pues si bien corresponde a todos los poderes públicos la tarea de acercar la realidad al horizonte de los principios rectores, de “entre tales poderes públicos son el legislador y el Gobierno quienes tienen el poder de iniciativa... Son ellos, y no este Tribunal, quienes deben adoptar decisiones y normas...”¹²⁸. Finalmente, tampoco parece haber acogido el criterio de “irregresividad” que alguna doctrina creía ver en el Capítulo de los derechos sociales¹²⁹, esto es, la idea de que, si bien los derechos prestacionales no imponen una

125 R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, citado, p. 495

126 ATC 241/1985

127 STC 222/1992

128 STC 189/1987

129 Vid. J. de Esteban y L. López Guerra, El régimen constitucional español, vol.1, con la colaboración de J. García Morillo y P. Pérez Tremps, Labor, Barcelona, 1980, p.346; J.A. Sagardoy, “Comentario al art. 50”, en Comentarios a la Constitución Española dirigidos por O. Alzaga, Edersa, Madrid, 1984, vol. IV, p. 387

obligación de “avanzar”, sí establecen una prohibición de “retroceder”; con independencia de que dicho criterio pueda considerarse incorporado a la Constitución, aspecto sobre el que el Tribunal rehusa pronunciarse, resulta que del art. 50, relativo a la protección de los ancianos, no se deduce el deber de mantener “todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual”¹³⁰

Por tanto, los resultados no parecen hoy por hoy excesivamente prometedores. Sólo en alguna ocasión el Tribunal se ha pronunciado en favor de un núcleo indisponible para el legislador; así, a propósito del sistema de Seguridad Social, el Tribunal dice que el art. 41 “consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador”¹³¹. Ciertamente, no queda muy claro el concreto alcance de ese núcleo, pues para determinarlo se remite a “la conciencia social de cada tiempo y lugar”, pero lo importante es que su existencia, en éste y seguramente en otros derechos prestacionales, acredita lo que pudiéramos llamar una “competencia de configuración” por parte del Tribunal, al margen y por encima del legislador, pues a la postre es al Tribunal a quien corresponde traducir la “conciencia social” en exigencias concretas. Que los derechos prestacionales gozan de un núcleo indisponible significa que, al menos, algunas prestaciones representan auténticos derechos fundamentales, es decir, pretensiones subjetivas jurídicamente reconocibles con independencia de la mayoría política.

Esta idea del “núcleo o reducto indisponible” recuerda sin duda a la defensa del “contenido esencial” que establece la Constitución para los derechos del Capítulo II (art.53,1). Algunos autores han querido ver precisamente en esa cláusula del “contenido esencial” el elemento o rasgo definidor de la fundamentalidad en nuestro sistema¹³², lo que directamente conduce a los principios rectores a las tinieblas de la no fundamentalidad y acaso a la imposibilidad de construir mediante ellos posiciones subjetivas. No creo que esta sea una consecuencia ineludible: con independencia del juego que permita esa especial garantía del contenido esencial¹³³, lo cierto

130 STC 134/1987. Vid. también la STC 81/1982 comentada en la nota 106 de este trabajo.

131 STC 37/1994. El subrayado es nuestro

132 Así, J.R. Cossío, Estado social y derechos de prestación, citado, p.68 y s.

133 Cuestión sumamente discutida y que he tratado en mis Estudios sobre derechos fundamentales, citado, capítulos VI y VII. Vid. también el reciente libro de J.C. Gavara, Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, C.E.C., Madrid, 1994.

es que los principios rectores son enunciados constitucionales y todos los enunciados constitucionales, por el mero hecho de serlo, han de ostentar algún contenido esencial o núcleo indisponible para el legislador. Una conclusión diferente llevaría al resultado paradójico de que, en nombre de una mejor protección de ciertos derechos, se habría desactivado o disminuido la tutela de las demás normas constitucionales.

A mi juicio, las dificultades que se oponen a una consideración más vigorosa de los derechos prestacionales como auténticos derechos por parte de la jurisprudencia constitucional son las cuatro siguientes: inviabilidad del recurso de amparo, libertad de configuración en favor del legislador, necesidad de dictar normas organizativas y de comprometer medios financieros y, finalmente, posible colisión con otros principios o derechos constitucionales.

Por lo que se refiere al primer aspecto, ya se ha indicado que no parece por completo imposible sostener en vía de amparo una pretensión prestacional cuando ésta pueda conectarse a uno de los derechos especialmente tutelados; pero, en cualquier caso, nada impide que el Tribunal proceda al reconocimiento de esas posiciones subjetivas a través de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad: una cosa es que se excluya cierta acción procesal y otra distinta poder ostentar un derecho a cierta prestación, derecho que el Tribunal puede reconocer como parte del “núcleo indisponible”; si existe una esfera intangible, ésta puede ser identificada por el Tribunal Constitucional y de la misma pueden también formar parte dimensiones subjetivas, con independencia de que el titular encuentre impedida su defensa mediante el recurso de amparo.

La segunda dificultad, la libertad de configuración del legislador, en realidad no es una verdadera dificultad para la jurisdicción constitucional, pues el art. 53,3 lo único que establece es que los principios rectores requieren desarrollo legislativo para ser alegados (como derechos subjetivos, según se ha visto) ante la jurisdicción ordinaria. Si los principios del Capítulo III son auténticas normas constitucionales, bien que abiertas o imprecisas, y esto es algo que nunca ha puesto en duda el Tribunal, entonces resulta que la famosa libertad de configuración del legislador ha de relativizarse de modo notable. Si esa libertad se traduce en una ausencia o en una insuficiencia de legislación, entonces el Tribunal puede suplir la omisión del Parlamento, al menos dentro de los límites del núcleo indisponible; del mismo modo que una reserva de ley establecida por la Constitución “no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas

hasta el momento en que se dicte una ley posterior...”¹³⁴, así tampoco la falta de desarrollo legislativo de un principio rector convierte a éste en un enunciado jurídicamente inexistente. Y si aquella libertad se traduce en una defectuosa regulación, la labor de suplencia puede sustituirse, siempre dentro del ámbito de indisponibilidad, por una labor de corrección. En suma, habida cuenta del carácter de los enunciados del Capítulo III, cabe reconocer en relación con ellos una mayor libertad del legislador, pero no hasta el punto de anular por completo la virtualidad de las disposiciones constitucionales. Lo único que, con seguridad, depende exclusivamente de la voluntad del legislador es la articulación de los instrumentos procesales para que el titular del derecho pueda hacerlo valer en la jurisdicción ordinaria; la libertad de configuración es también muy amplia en relación con el contenido del derecho, es decir, con las obligaciones que de él derivan, pero en ningún caso puede ser absoluta, si es que no se quiere vaciar por completo el significado de las disposiciones constitucionales.

Ahora bien, ¿dentro de qué márgenes puede moverse la acción del Tribunal Constitucional?. Aquí aparece la tercera dificultad enunciada: los derechos prestacionales suelen requerir cuantiosos recursos financieros, cuya distribución es competencia del Parlamento, así como una “legislación positiva” que desarrolle procedimientos, organice servicios, etc. Tampoco estas dificultades son insuperables. De un lado, no es algo inédito que las sentencias del Tribunal presenten efectos económicos gravosos para el Estado; por ejemplo, ya hemos citado la que estableció la obligación de la asistencia y defensa letrada, o la que decidió que ciertas pensiones en favor de las viudas debían extenderse también a los viudos. Y en cuanto al diseño de servicios y procedimientos, si bien es cierto que el Tribunal no es el órgano más adecuado para llevarlo a cabo, conviene indicar dos cosas: primera, que tampoco son por completo desconocidas las sentencias aditivas donde el Tribunal actúa como un legislador positivo, haciendo, por tanto, lo que en principio no está llamado a hacer¹³⁵; y segunda, que en algunas ocasiones el Tribunal no ha tenido ningún inconveniente en reconocer derechos allí donde la Constitución remitía a una ley claramente organizativa y procedimental, como ocurrió con la jurisprudencia sobre la objeción de conciencia anterior a que se dictase la legislación pertinente,

134 STC 18/1981

135 Las sentencias aditivas suelen ser aquellas en que, para salvar una discriminación, en lugar de anular una norma que establece la desigualdad injustificada, se extiende su ámbito a personas o situaciones inicialmente no contempladas. Ya han sido citadas al hablar del principio de igualdad sustancial.

mediante la que el Tribunal dotó de un mínimo contenido a un derecho que el art. 30,2 ordena se regule “con las debidas garantías”, entre ellas la posibilidad de imponer una prestación social sustitutoria¹³⁶. En suma, es cierto que la distribución de los recursos financieros y la organización de servicios públicos es competencia del legislador, no del Tribunal, pero tampoco se trata de un criterio absoluto que nunca pueda ser superado por otras razones que en algún caso se muestren más urgentes, entre ellas una exigencia constitucional de naturaleza prestacional.

Finalmente, el problema de la colisión con otros derechos y libertades es, de nuevo, un problema común a todos los derechos fundamentales, que el Tribunal ha de resolver con las mismas herramientas de la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, etc. Si la libertad de expresión puede entrar en conflicto con el derecho al honor y esto no supone que entre ambos derechos exista un orden o jerarquía estricta, sino que el problema se resuelve caso por caso, otro tanto sucede, por ejemplo, con el conflicto entre el derecho a la vivienda y la propiedad privada, o entre el derecho al trabajo y la autonomía de la voluntad. No existe un orden de prelación estricto, y que los principios en pugna sean adscribibles a uno u otro capítulo o fragmento de la Constitución tan solo tiene, en el mayor de los casos, un valor indicativo; a la postre, sólo en el momento interpretativo encuentran solución tales conflictos.

6.- Entre la justicia y la política.

Suele decirse que el Estado constitucional es un marco de convivencia que permite la alternancia política y, por tanto, el establecimiento y desarrollo de distintas y aún contradictorias concepciones ideológicas, preservando los derechos de las minorías y, en consecuencia, asegurando la integración de todos los individuos y grupos; simplificando, el Estado constitucional democrático se caracteriza porque mucho debe quedar a la libre configuración del legislador, pero bastante también reservarse a la esfera de lo innacesible para la mayoría. Sin embargo, sería seguramente erróneo pensar que entre el ámbito de lo innegociable y el ámbito de lo político es posible trazar una frontera material nítida y rigurosa; acaso es cierto que algunos fragmentos constitucionales se inscriben más bien en el capítulo de la justicia, mientras que otros pertenecen principalmente al

136 “Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional no puede tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo de contenido... pero ese mínimo contenido ha de ser protegido”, STC 15/1982.

capítulo de la política, pero ni la configuración legislativa está excluida por compello en el primero, ni la configuración judicial puede hallarse en absoluto ausente del segundo.

Suponer que hay “materias” de la justicia inaccesibles para el legislador, al margen de evocar un cierto iusnaturalismo, resultaría muy poco democrático; pero suponer que existen “materias” de la política innacesibles para el juez resultaría con seguridad muy poco constitucional. Por ello, tal vez en lugar de pensar en “materias”, deberíamos pensar en círculos de competencia. Desde luego, tampoco aquí la separación puede ser tajante, pero, cuando menos, apunta en un sentido susceptible de conjugar los dos principios en pugna: el principio de la democracia, pues ningún ámbito queda sustraído a la particular concepción de la mayoría; y el principio de la constitucionalidad o de defensa de la posición del individuo incluso frente a la mayoría, pues ningún ámbito queda absolutamente al arbitrio de la política. En el fondo, es un problema de límites: hasta dónde se extiende la libertad de configuración de la ley, y a partir de qué punto no puede abdicar la actuación judicial en defensa del núcleo irreductible de la justicia (de la justicia expresada en la Constitución, por supuesto).

La cuestión es que esos límites no son idénticos respecto de todas las disposiciones constitucionales. Para ceñirnos al tema de los derechos, las diferencias entre aquellos que se adscriben principalmente a la esfera de la justicia y aquellos otros que se reclaman principalmente de la esfera de la política resultan patentes. De un lado, y este es quizás el lado más visible, porque la propia Constitución traza expresamente límites distintos, sobre todo en el art.53; de otro, porque, como se ha visto, presentan un carácter e incluso una formulación lingüística dispar, que hace que los derechos prestacionales se adapten mucho peor a las instituciones y técnicas propias de la jurisdicción. Basta recordar algunas de las características ya examinadas: apertura o ambigüedad del contenido obligacional, relativa indeterminación de los sujetos obligados, necesidad de contar con un entramado de normas secundarias o de organización sólo al alcance de un “legislador positivo”, exclusión del recurso de amparo, limitaciones a la justiciabilidad, etc.

Pero al hablar de la adscripción a la justicia o a la política hemos subrayado que aquélla se produce sólo principalmente, es decir, no de modo absoluto o completo. Para evocar una fórmula de éxito, si nos tomamos en serio los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica, o sea, si nos tomamos en serio toda la Constitución, la

justicia no puede quedar excluida de ningún capítulo; lo que significa, ni más ni menos, que los derechos prestacionales han de tener algún núcleo irreductible y que éste representa un contenido intangible para la libertad de configuración del legislador. Cuál sea ese núcleo de intangibilidad es algo que, ciertamente, sólo puede determinar el Tribunal Constitucional, y para ello cuenta con muy escasas orientaciones que, por otra parte, suelen resumirse en algo tan evanescente como la “conciencia social”, la opinión generalizada en cada tiempo y lugar acerca de qué prestaciones en favor del individuo son irrenunciables para que éste pueda ejercer efectivamente sus libertades y derechos. Pero esta remisión, que sin duda puede considerarse insatisfactoria, tampoco resulta nueva o desconocida en la interpretación constitucional, pues otro tanto sucede cuando ha de formularse el tertium comparationis en el juicio de igualdad del art. 14: para determinar que un tratamiento normativo igual o desigual de dos personas o situaciones es razonable, la Constitución sólo ofrece un marco de referencia (los criterios prohibidos del art. 14, por ejemplo), pero en último término es el juez quien decide invocando algo así como la conciencia jurídica de la comunidad¹³⁷.

Ahora bien, si todos los derechos fundamentales presentan dos facetas, la objetiva y la subjetiva, otro tanto deberá ocurrir con su núcleo indisponible. Como ya se ha dicho, cabe aceptar que los derechos prestacionales o, en general, los derechos sociales ostentan un mayor peso objetivo que subjetivo, o, si se prefiere, que su dimensión de normas objetivas ofrece unos perfiles más acusados y mejor definidos que su dimensión de derechos subjetivos; justamente al contrario de lo que sucede con las libertades y con los derechos civiles. Pero tampoco esta diferencia puede ser absoluta, ni llegar al límite de que toda prestación haya de concebirse como un mero reflejo de normas objetivas. De los principios rectores del Capítulo III, tanto si presentan la fisonomía de derechos como si se formulan en términos de principio-directriz, cabe obtener un contenido subjetivo prestacional que, al menos en una pequeña parte, habrá de integrarse en el núcleo intangible, esto es, en aquella esfera que la conciencia social, interpretada irremediablemente por el Tribunal Constitucional, considera que no puede ser objeto de abandono si es que ningún precepto constitucional puede ser concebido como un enunciado superfluo.

Por supuesto, las restricciones que impone la Constitución sobre los principios rectores no son de pequeño alcance; básicamente, que no

137 Vid. F. Rubio, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, citado, p. 32

pueden ser objeto de amparo y que la acción procesal en su defensa ante la jurisdicción ordinaria queda supeditada al desarrollo legislativo. Pero al margen de que, como hemos intentado mostrar, pueden buscarse algunos resquicios que hagan viable la justiciabilidad, conviene insistir en que el derecho a la tutela judicial y la dimensión subjetiva de un derecho son cosas diferentes. Nada impide que el Tribunal Constitucional, por ejemplo en un recurso o cuestión de inconstitucionalidad, profile exigencias subjetivas de carácter prestacional a partir de un principio rector, aun cuando el sujeto titular se halle por el momento imposibilitado de reclamarlas judicialmente.

Como ha observado Zagrebelsky¹³⁸, las Constituciones de nuestros días son documentos pluralistas y dúctiles, y ello en varios sentidos. Primero, porque no representan el fruto exclusivo de una ideología o concepción del mundo, sino que son más bien obra del pacto y del consenso alcanzado por fuerzas distintas a partir de mutuas concesiones¹³⁹; documentos integradores, por tanto, de contenidos materiales tendencialmente contradictorios entre los que no cabe trazar una rigurosa jerarquía, sino que han de ser preservados en su conjunto, dejando un ancho margen a la configuración legislativa, pero también a la ponderación judicial. Y segundo, porque una Constitución de este tipo ya no permite concebir las relaciones entre legislador y juez, entre política y justicia, en los términos estrictos y formalmente escalonados propios del Estado de Derecho decimonónico, sino que obliga a una concepción más compleja y, si se quiere, más cooperativa de las fuentes del Derecho, donde un principio de equilibrio y flexibilidad venga a moderar la antaño rígida subordinación. Con una Constitución de principios, difícilmente puede hablarse de “materias” sustraídas a la justicia, como también resultaría poco realista pensar en “materias” sustraídas a la política.

Ideológica o políticamente, los derechos prestacionales expresan una perspectiva diferente a la que en su día encarnaron las libertades y derechos civiles. Para decirlo de un modo simplificado, si estos últimos son consecuencia de la concepción liberal de la sociedad política, aquéllos lo son de la concepción socialista. Si la Constitución es un acuerdo integrador, por supuesto no sólo pero sí principalmente entre esas dos filosofías que atraviesan el mundo contemporáneo y que tantas veces han sido banderas de

138 El Derecho dúctil(1992), trad. de M. Gascón, Trotto, Madrid, 1995.

139 Sobre ello y en relación con la Constitución española ha insistido particularmente G. Peces-Barba; por ejemplo, en La elaboración de la Constitución de 1978, CEC, Madrid, 1988

lucha y conflicto, entonces ningún contenido constitucional puede quedar hasta tal punto devaluado que sea excluido de la protección de la justicia. Por consiguiente, los derechos sociales han de tener un núcleo intangible, cuya configuración, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, sólo puede corresponder finalmente al Tribunal Constitucional.

Vistas así las cosas, no parece que la teoría de los “dos mundos” con que a veces se quiere describir el modelo de derechos fundamentales sea una imagen adecuada. De un lado, en efecto, se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde, como suele decirse, la mejor ley es la que no existe; donde sólo existen jueces defensores armados con la coraza constitucional y políticos amenazadores guiados por intereses parciales. De otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir. A mi juicio, no es esta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno; sin dejar de constatar diferencias de régimen jurídico e incluso de formulación lingüística entre los distintos derechos, una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución como marco de integración de una sociedad pluralista creo que debería propiciar una imagen mucho más compleja y flexible. La justicia y, sobre todo, la justicia constitucional no puede abdicar de su competencia de configuración sobre los derechos sociales, competencia naturalmente compartida con el legislador, y cuyos límites, sin entrar en la dogmática particular de cada derecho, es imposible trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social.

ESQUEMA:

LOS DERECHOS SOCIALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD SUSTANCIAL

1.- Los derechos fundamentales y los derechos sociales.

Los derechos humanos o fundamentales representan una herencia del iusnaturalismo racionalista, cuya posición, una vez traducidos al Derecho positivo, puede resumirse en estos dos lemas: supremacía consuetudinaria y artificialidad de las instituciones políticas. La supremacía supone que los derechos operan “como si” encarnasen decisiones superiores a cualesquiera

órganos estatales; y, a su vez la artificialidad de las instituciones significa que éstas carecen de valores o fines propios y existen sólo para salvaguardar los derechos. Esta concepción, tradicional en el constitucionalismo norteamericano, ha sido costosamente asumida en Europa e implica: primero, una exigencia de respeto hacia el “contenido esencial” de los derechos; y segundo, asimismo una exigencia de justificación racional de cualquier medida limitadora sobre los mismos.

La cuestión que se plantea es si los llamados derechos económicos, sociales y culturales pueden merecer la consideración de auténticos derechos fundamentales, tal y como éstos acaban de ser concebidos. Pero ello requiere, como paso previo, dilucidar qué se entiende por derechos sociales.

2.- Caracterización de los derechos sociales.

- a) Los derechos y las instituciones. El papel del Estado.
- b) Los derechos sociales como derechos prestacionales.
- c) La titularidad de los derechos. Del sujeto abstracto al hombre en su específica posición social.
- d) Los derechos sociales como derechos de igualdad.
- e) El carácter de la obligación. Normas primarias y normas secundarias como reflejo obligacional de los derechos.
- f) La dimensión preferentemente subjetiva de los derechos civiles y preferentemente objetiva de los derechos sociales.

Asumiendo la irremediable imprecisión del concepto de derechos sociales, parece que hoy el debate debe centrarse en si la caracterización básica de los derechos fundamentales como obligaciones estatales capaces de cimentar posiciones subjetivas aún contra la mayoría, puede hacerse extensiva a los derechos que no generan un deber de abstención, sino deberes positivos de dar bienes o servicios o de realizar actividades que, si se tuvieran medios, podrían obtenerse también en el mercado. Pero la respuesta puede seguir dos caminos.

3.- El principio de igualdad.

La igualdad sustancial o de hecho (art.9,2 C.E.) puede constituir el vehículo para incorporar al acervo constitucional un principio genérico

en favor de las prestaciones, y de hecho así sucede en aquellos países, como Alemania, cuyas Constituciones carecen de una tabla de concretos derechos prestacionales. Sin embargo, para dar vida a concretas exigencias prestacionales, el argumento de la igualdad sustancial requiere ciertos “complementos”, a saber: la presencia de un derecho prestacional concreto; la concurrencia de un derecho civil cuya satisfacción merezca una cierta prestación; y, por último, la existencia de una razón de igualdad formal (en particular, la técnica de las sentencias aditivas o manipulativas).

4.- La naturaleza de los derechos prestacionales.

Tras superarse antiguas doctrinas que negaban la fuerza jurídica de los derechos sociales o de las cláusulas sociales de la Constitución, hoy la discusión se centra en si dicha fuerza o eficacia se despliega sólo en una dimensión objetiva o si alcanza también al aspecto subjetivo; en particular, el problema reside en si a partir de los preceptos constitucionales, y sin necesidad de desarrollo legislativo, es posible dar vida a auténticas posiciones subjetivas iusfundamentales.

5.- Orientación bibliográfica.

AA.VV., El Estado social, C.E.C., Madrid, 1986.

ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales, C.E.C., Madrid, 1993.

BÖCKENFÖRDE, E.W. Escritos sobre derechos fundamenales, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

CASCAJO, J.L. La tutela constitucional de los derechos sociales, C.E.C., Madrid, 1988.

CASTRO, B. de. Los derechos económicos, sociales y culturales, Universidad de Leon, 1993.

COSSIO, J.R. Estado social y derechos de prestación, C.E.C., Madrid, 1989.

FERNÁNDEZ, E. Filosofía, Política y Derecho, M. Pons, Madrid, 1995.

PECES-BARBA, G. Escritos sobre derechos fundamentales, Eudema, Madrid, 1988.

PRIETO, L. Estudios sobre derechos fundamentales, Debate, Madrid, 1990.

NOVO CONCEITO DA DISCRICIONARIEDADE EM POLÍTICAS PÚBLICAS SOB UM OLHAR GARANTISTA, PARA ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS *

Maria Goretti Dal Bosco

Doutora em Direito (UFSC). Professora dos programas de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), e Unigran. Pesquisadora do CNPQ. Advogada.

Introdução

O crescimento das populações mais pobres e as políticas econômicas tradicionais, entendidas aqui as que seguem parâmetros liberais, ou neo-liberais, têm sido responsáveis por uma das mais graves crises que o Estado enfrenta por não dar conta de fazer frente às inúmeras demandas sociais. Essa insuficiência estrutural atinge direitos fundamentais dos cidadãos, deixando à mostra a carência de instrumentos para a efetividade dos direitos previstos nas Cartas Políticas, um dos problemas de maior complexidade nos tempos modernos.

Parte desses problemas decorre também dos modelos jurídicos que as administrações estatais seguem no momento de definir e implementar as políticas públicas. O modelo de discricionariedade administrativa, que favorece uma margem bastante significativa de liberdade ao administrador, acaba por ser utilizado contra a cidadania, na medida em que serve a interesses que não são os da maioria das pessoas, de modo especial, daquelas camadas mais pobres.

A discussão que se trava neste trabalho aborda um novo conceito de discricionariedade, que veda ao administrador a escolha de alternativas quando presentes necessidades impostergáveis dos cidadãos, conforme uma ótica garantista dos direitos fundamentais. Essa ótica parte do princípio do direito *ex parte populus*, como afirma Ferrajoli, o autor do Garantismo Jurídico, ou seja, do ponto de vista do cidadão, do homem que tem direitos

fundamentais a serem assegurados antes e acima de quaisquer outros.

A abordagem transita pelos direitos fundamentais, passa pelo conceito de discricionariedade e sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados, para, após, concluir pela possibilidade de uma nova visão da discricionariedade administrativa, capaz de obrigar o administrador a promover primeiro a efetividade dos direitos fundamentais, em detrimento de investimentos que não têm aqueles direitos como objeto.

1. Direitos fundamentais

As transformações da humanidade, sob os mais diversos aspectos, abrangem também os direitos fundamentais, os quais modificam-se e ampliam-se com o passar do tempo, o que faz surgir uma pluralidade de expressões para designá-los, tornando difícil a construção de um conceito definitivo. Na literatura, encontram-se as expressões “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades públicas” ou “direitos fundamentais do homem”, entre outros.¹

Pode-se afirmar, com Habermas,² que os direitos fundamentais tornam-se concretos a partir do direito que todas as pessoas têm às liberdades subjetivas de ação e, na forma de direitos positivos, são dotados de ameaças e de sanções, de modo que podem ser utilizados contra quaisquer interesses que os contrariem ou que transgridam normas. Eles podem ser interpretados, assim, como uma barreira ao poder do Estado, ou como desenho de uma ordem objetiva de valores que desdobra sua influência sobre todos os campos do sistema jurídico, qualidade que possibilita sejam entendidos como instrumentos de defesa diante das posições de outros cidadãos.³

A constitucionalização dos direitos fundamentais, realizada por

1 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 179-180. O autor utiliza nessa obra a expressão “direitos fundamentais do homem”, por entender que é a mais adequada, uma vez que, além de se reportar a princípios que resumem a concepção do mundo e informar a ideologia jurídica de cada ordenamento jurídico, no nível do direito positivo significa prerrogativas e instituições a serem concretizadas por ele na forma de garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Neste estudo, todavia, utiliza-se a expressão “direitos fundamentais” apenas por entender-se que, em se tratando de previsão legal em Cartas de Direitos, refere-se ao homem enquanto gênero.

2 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 170.

3 DOEHRING, Karl. Estado social, Estado de derecho y orden democrático. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernest; DOEHRING, Karl. El Estado Social. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 125.

constituições rígidas, diz Ferrajoli,⁴ produziu, neste século, uma mudança profunda de paradigma do direito positivo em relação ao chamado páleopositivismo jurídico.⁵ Direitos fundamentais, primeiramente, diz o autor, devem estar formulados em Constituições ou leis fundamentais, e podem ser considerados como todos os direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de realizar atos.⁶

Com base nessa definição, Ferrajoli desenvolve quatro teses sobre os direitos fundamentais: a primeira, da diferença de estrutura entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, segundo a qual os primeiros são atribuídos a todas as pessoas, enquanto os segundos, a cada um dos seus titulares, excluindo todos os demais; a segunda tese sustenta que os direitos fundamentais, por atenderem a interesses e expectativas de todas as pessoas, formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica, e compõem a dimensão substancial da democracia; a terceira refere-se à natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais; e a quarta tese trata das relações entre direitos e garantias, classificando, como garantias primárias, as obrigações e proibições que correspondem às expectativas negativas ou positivas dos direitos fundamentais, e, como garantias secundárias, aquelas que implicam obrigações de reparar ou sancionar judicialmente as lesões aos direitos, ou, as violações das garantias primárias.⁷ A virtude da teoria dos direitos fundamentais de Ferrajoli estaria, justamente, em seu caráter formal, capaz de permitir que se reconheça, teoricamente, um direito fundamental em ordenamentos ideologicamente diversos, socialistas ou liberais, democráticos e até mesmo autoritários.⁸

4 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. 2. ed. Traducción de: Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 37. O autor esclarece que a definição é puramente formal, servindo a qualquer ordenamento, tendo valor de uma definição da teoria geral do direito, embora advirta que o caráter formal não deve impedir que se identifique nos direitos fundamentais a base da igualdade jurídica.

5 A expressão é usada pelo autor para descrever o juspositivismo dogmático, definido como o tipo de orientação que “[...] ignora o conceito de vigor das normas como categoria independente da validade e da efetividade”, tanto com referência a ordenamentos normativos, que tomam como vigentes somente as normas válidas, quanto a ordenamentos realistas, que têm como vigentes apenas as normas efetivas (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 699). Seria, em outras palavras, a concepção do Direito como auto-poiético, auto-suficiente, visão segundo a qual a lei é um a priori, capaz de resolver tudo, que veda interpretações metajurídicas, transformando o julgador em mero operador mecânico do texto legal, de modo que este não questione ou reflète acerca de nenhum dos contextos que lhe são postos, e termina por legitimar ordens arbitrárias ou a servir de instrumento a regimes autoritários.

6 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Op. cit., p. 37.

7 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Op. cit., p. 42-43.

8 CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. Ferrajoli e el debate sobre los derechos fundamentales. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 12.

1.1. Abordagem moderna dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, desde o seu surgimento, nas primeiras manifestações, ainda no século XIII, passando pelas Cartas de Direitos dos séculos XVII e XVIII até chegar aos dias atuais, atravessaram transformações significativas, especialmente no século XX, com o fenômeno da modernidade e a mundialização das diferenças entre ricos e pobres. Bobbio⁹ usa a expressão “direitos do homem” e aponta quatro etapas dessas transformações: a primeira teria sido a “constitucionalização” dos direitos do homem nas Declarações de Direitos que integraram as primeiras constituições liberais e, posteriormente, nas Cartas liberais e democráticas que se foram sucedendo nos diversos países; a segunda fase caracterizou-se pela “progressiva extensão” dos direitos, passando pela liberdade, reconhecida, de forma mais ampla, como direito de associação, e pela consideração de direitos civis também como direitos políticos, chegando até o direito ao voto para homens e mulheres.

A terceira etapa, que alcança o período atual, é a da “universalização” dos direitos, iniciada com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, representada pela transposição do Direito para fora dos limites internos de cada país, proporcionando ao indivíduo a possibilidade de invocar outras esferas superiores de justiça, inclusive contra o próprio Estado, o que o transforma em “sujeito do direito internacional”; uma quarta etapa, ainda mais recente, batizada pelo autor de “especificação” dos direitos, estende a proteção a direitos muito específicos, ligados a questões de sexo, idade, saúde, deficiências físicas e mentais, entre outras.

Alexy¹⁰ usa a expressão “direitos do homem” para apontá-los como

9 BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 481-483.

10 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Tradução de: Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul/set. 1999, p. 55-66. O autor observa que o conceito de “homem” é biológico, embora não coincida com o de “ser vivo”, ou o de “criatura”, caso em que deveria ser alargado o círculo de destinatários; e também é individualizado, ainda que esteja o homem inserido na comunidade, que tem também direitos enquanto grupo, os quais, todavia, não podem ser qualificados com a expressão “direitos do homem”. Para o conceito de direito subjetivo, Alexy afirma, em outra obra, que, por conta da ambigüidade e da vagueza da expressão, esta deveria ser utilizada apenas para algumas posições, ou em sentido amplo. A solução, assim, é o uso corrente, como um conceito geral para posições diferentes, traçando algumas distinções, que ele classifica em três tipos: direitos a algo, liberdades e competências. No primeiro caso, a posição do cidadão diante do Estado implica o direito a não ser importunado em sua liberdade para os atos da vida civil, em seu domicílio e em sua propriedade, o que impõe posições estatais negativas e positivas em relação ao titular dos direitos. Quanto às liberdades, o autor crê ser conveniente pensar na liberdade de uma pessoa como “[...] a soma das liberdades particulares e a liberdade de uma sociedade como a soma

direitos que se distinguem de outros por resultarem de uma combinação de cinco qualidades. São direitos universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. A universalidade implica serem direitos que cabem a todos os homens, enquanto indivíduos, ainda que inseridos no grupo social. Direitos morais podem, também, ser direitos jurídico-positivos, mas sua validade não depende da positivação, bastando que a norma que lhe dá base tenha validade do ponto de vista moral, pois “[...] a norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada”.¹¹ A qualidade da preferência sugere que um direito moral abre, para o titular, o “[...] direito moral à proteção por direito positivo estatal”.¹² Assim, os direitos do homem estão em condição de prioridade em relação aos demais, numa relação necessária com o direito positivo.

Por qualidade de direitos fundamentais, diz Alexy, deve-se entender a presença de duas condições: deve tratar-se de direitos e carências que, de modo geral, podem e devem ser protegidos; e que sejam tão fundamentais essas carências ou interesses que “[...] a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito”.¹³ A qualidade de abstração dos direitos do homem deve-se à exigência de restrição ou limitação para fazer frente a direitos de outros ou de natureza coletiva, sendo a escolha das restrições determinada, somente, por instâncias “[...] autorizadas a decisões de ponderação juridicamente obrigatórias”.¹⁴ O Estado, assim, é necessário, não apenas como instância de concretização, mas também de decisão, para realizar os direitos do homem.

2. Discricionariedade administrativa

A administração pública, em regra, deve executar suas atividades conforme aos modelos que a legislação estabelece, ou seja, ao contrário do campo privado, onde se pratica tudo o que permite a lei, mais o que

das liberdades das pessoas que nela vivem”. Isso significa que o conceito de liberdade é uma relação triangular entre o titular de uma liberdade (ou não-liberdade), um impedimento desta e um objeto da liberdade. As competências, terceiro grupo dos direitos subjetivos, dizem respeito às posições de uma pessoa e são sinônimos de poder jurídico, capacidade jurídica, faculdade, autorização, etc., existindo tanto no direito público quanto no privado, garantidas por normas de competência, as quais não é permitido ao legislador modificar. (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 212-245).

11 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Op. cit., p. 60.

12 Ibidem, p. 60.

13 Ibidem, p. 61.

14 Ibidem, p. 62.

ela não proíbe, no âmbito público, a Administração faz apenas o que a lei determina, sob pena de nulidade dos atos realizados.

A norma jurídica, todavia, reserva situações específicas, nas quais o administrador, ainda que seguindo a determinação legal, dispõe de certa margem de liberdade para algumas decisões, que se costuma entender como aquelas nas quais é o agente público o melhor especialista para adotar a decisão mais adequada aos administrados, quando se tem, então, um ato discricionário.

O conceito de discricionariedade é considerado um dos mais difíceis e com o maior número de significados da teoria do Direito. No caso da administração pública, a questão crucial é saber até onde as decisões dos agentes públicos podem ser revistas pelo Judiciário. Um primeiro conceito que mais se aproxima da idéia com a qual se trabalha neste estudo é o de Engisch,¹⁵ segundo o qual, diante da lei, ter-se-iam duas possibilidades, contrapostas entre si e, igualmente, em conformidade ao Direito, entre as quais o agente público poderia optar por uma ou outra, sem contrariar a regra jurídica. Percebe-se, assim, que esse conceito não pode fugir da possibilidade de escolher, entre alternativas diferentes, aquela que mais se ajusta ao caso concreto a ser decidido. Logo, o que marca a existência de discricionariedade é a presença da possibilidade de escolha, prevista na lei, não apenas uma possibilidade de fato, mas também de direito.

Mas ainda se pode utilizar uma segunda formulação, que serve, igualmente, aos ideais deste trabalho, que é a da “discricionariedade vinculada”, no sentido de que o exercício desse poder de escolha deve estar direcionado ao objetivo fundamental do resultado da decisão desejado pelo texto legal, isto é, o único resultado ajustado a todas as diretrizes jurídicas e legais, e que envolve análise detalhada de todas as circunstâncias do caso concreto, para se chegar ao que se poderia chamar de “decisão correta”. Ainda que se possa questionar a possibilidade da existência de uma só decisão correta, dado que a discricionariedade é justamente o poder de escolha do agente entre duas ou mais soluções igualmente permitidas pelo Direito, é possível pensar na que mais se coaduna com as exigências da correção, na medida em que esta definição é atribuída ao agente, que o faz com base nas suas qualidades técnicas para apreciação do caso concreto, estando, portanto, habilitado a optar pela melhor opção.

A vinculação que se diz presente nesta decisão está, sem dúvida,

15 ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 7. ed. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1996, p. 214-224.

presa aos conhecimentos do administrador, o qual deve ter noções claras de como cada solução atende, efetivamente, às exigências do Direito, de modo especial, ao interesse público, que é, afinal, o elemento vinculante de toda e qualquer atitude da Administração. Maior clareza deste entendimento se pode ter no raciocínio emprestado de Engisch,¹⁶ da nomeação de um professor para determinada cátedra universitária. Em uma lista de três nomes, proposta pelo departamento competente, caberá à autoridade (o ministro ou o reitor) a escolha daquele que reúne as melhores condições para bem desempenhar as tarefas de catedrático. É evidente que, aqui, se apresenta uma situação valorativa, na qual o agente é obrigado a efetuar juízos de valor sobre os nomes que lhe são apresentados. Mas, mesmo que lhe seja exigido isso, jamais poderá ele indicar, entre os três, aquele que menor número de qualidades tenha para o desempenho da função. Isso implica conhecer a história profissional e pessoal de cada um, de modo a ter, em mãos, todos os elementos objetivos para tomar a decisão mais correta.

Situação semelhante poderia ocorrer na definição das políticas públicas que o administrador realiza, quando elabora o orçamento anual de investimentos e custeio da estrutura administrativa. De posse de todos os elementos objetivos sobre a situação da realidade que administra (índices de necessidades nas áreas de educação, saúde, transportes, lazer, etc.), terá ele de propor a forma mais correta de investir os recursos públicos. A forma mais correta, no caso, não será, certamente, a que deixar crianças sem escola ou serviços de saúde, enquanto destina os recursos à construção de sofisticados prédios para o funcionamento da máquina administrativa. Ou, ainda, para não ir longe, pode-se citar o caso recente do governo brasileiro, que utilizou grandes quantidades de recursos para salvar bancos e outras empresas privadas, para recordar apenas algumas das inversões, em detrimento da estruturação do setor energético, sobre o qual havia prévio conhecimento, por parte das autoridades do governo, de que estava à beira de um colapso, o mesmo que foi capaz de causar prejuízos incalculáveis à economia do País e à população, na crise que ficou conhecida como “apagão”.¹⁷

16 ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Op. cit., p. 223.

17 A crise do fornecimento de energia elétrica agravou-se em 2001. O Governo deixou de investir em construção de usinas hidrelétricas e o País sofreu inúmeras interrupções no fornecimento de energia elétrica. O Governo criou a Câmara de Gestão de Energia, em maio de 2001, para gerenciar a crise, e foi obrigado a promover um racionamento sem precedentes, responsável também por prejuízos ao setor econômico, que fizeram cair a taxa de crescimento de 4,5 por cento em 2000, para apenas 1 por cento no final de 2004. Muitos grupos estrangeiros que se instalaram no Brasil deixaram de investir em novos empreendimentos e o temor de novos colapsos permanece como um dos principais empecilhos à chegada de novos investimentos.

A discricionariedade vinculada implica que o agente público, ao qual a lei determina a escolha de uma entre as várias alternativas possíveis reguladas por lei – vale dizer, investimento em educação, auxílio aos bancos, setor energético, saúde, entre outras – por sua apreciação pessoal, deverá estar capacitado a escolher a solução mais adequada; no caso presente, a que oferece maiores possibilidades de atender às prioridades que a Administração apresenta no momento concreto. Logo, a discricionariedade está na valoração pessoal do administrador, mas isso não quer dizer que essa valoração seja arbitrária, dado que deve atender ao escopo previsto na legislação, ou seja, promover o bem estar dos administrados, a igualdade de acesso às prestações públicas, enfim, o interesse público, o qual encerra um conjunto de valores superiores do ordenamento jurídico que orientam a atividade administrativa.¹⁸

Logo, decisão discricionária é aquela tomada entre duas ou mais soluções, todas da mesma forma válidas conforme o Direito. Logo, o poder discricionário funda-se em dois argumentos: a natureza daquilo sobre o que se decide – critério da importância e critério da dificuldade técnica ou valorativa – e a posição institucional da Administração, para a qual, o ordenamento constitucional atribui uma função configuradora da ordem social. Não se pode tomar a discricionariedade como um pretexto para decisões ineficientes, sejam as que não atendam, ou que atendam de forma deficiente ao interesse público implícito na finalidade legal.¹⁹ Se a avaliação do ato passar pela ponderação da razoabilidade e da moralidade, poderá ser visto sob um universo maior, capaz de evidenciar a interligação entre esses dois princípios, uma vez que o administrador deve servir-se de critérios razoáveis quando executa atos discricionários.²⁰

É necessário observar, ainda, que houve mudanças significativas do entendimento da doutrina e da jurisprudência estrangeiras acerca do tema, nas últimas décadas. Como se percebeu pelos tópicos vistos anteriormente, ainda que se registre certa insistência da antiga concepção de que, ao administrador, não se obstaculizavam as atividades, por ser ele qualificado

(WEATLEY, Jonathan. Crescimento pode causar novo apagão no Brasil. Trad. Danilo Fonseca. Financial Times. 15.10.2004. Disponível em <<http://www.uol.com.br>>. Acesso: 25.10.2004.

18 Sobre valores superiores que orientam a legislação constitucional veja-se PECES-BARBA, Gregório. Los valores superiores. Madrid: Tecnos, 1984, p. 70 e seguintes.

19 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 57.

20 MORAES, Alexandre de. Reforma administrativa: Emenda Constitucional n. 19/98. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 29.

a decidir questões de mérito e conveniência relacionada à administração pública, os tribunais vêm avançando, cada vez mais, sobre as decisões dos agentes públicos, especialmente em alguns países da Europa. Uma polêmica de repercussão considerável envolveu alguns autores espanhóis nos anos 1990, acerca do conceito de discricionariedade que deveria ser tomado pelo País após o fim do regime franquista. Envolveram-se na discussão Parejo Alfonso²¹ e Sánchez Morón,²² de um lado, e Tomás-Ramón Fernández, de outro, todos ora apoiados, ora criticados por outros doutrinadores.²³ Os primeiros sustentavam a impropriedade de rígido controle jurisdicional da Administração após o final da ditadura, dado que o poder Executivo ganhara, a partir de então, legitimidade suficiente para representar a vontade dos administrados, não mais restando necessária a redução dos níveis de discricionariedade administrativa, o que se justificaria, apenas, no período ditatorial, no qual o governo não tinha a legitimidade pós Constituição de 1978.

Assim posto o entendimento, o julgamento que modificasse uma decisão administrativa significaria a substituição do administrador pelo juiz, ou a substituição de um poder pelo outro.²⁴ Isso porque a Constituição contempla a tutela judicial como direito fundamental de todos, inclusive da Administração, a qual dar-se-ia, nesse caso, apenas sob a forma específica da legalidade da atuação administrativa, com base no art. 106.1, controle que se resumiria na supervisão, censura e correção da ação do outro poder, posição que significa, unicamente, a declaração de ilegalidade, mas nunca a indenização para a reposição dos prejuízos dos administrados.

Visão completamente diversa sustentava Tomás-Ramón Fernández,²⁵ acusado de ativismo judicial por seus contendores, porque tomava, como regra geral contra a arbitrariedade dos poderes, o artigo 9.3 da Constituição

21 PAREJO ALFONSO, Luciano. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Madrid: Tecnos, 1993, p. 48-49.

22 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. El control de las administraciones públicas y sus problemas. Madrid: Instituto de España/Espasa Calpe, 1991, p. 64 e seguintes.

23 Entre os autores que abordaram a discussão, pode-se citar, entre outros trabalhos: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Uma nota sobre el interes general como concepto jurídico indeterminado. Revista española de derecho administrativo, Madrid, n. 89, p. 69-89, ene./mar. 1996. ATIENZA, Manuel. Sobre el control de la discricionalidad administrativa: Comentarios a una polémica. Revista española de derecho administrativo, Madrid, n. 85, p. 5-26, ene./mar. 1995.

24 PAREJO ALFONSO, Luciano. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Op. cit., p. 48-49.

25 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. De la arbitrariedad de la administración. 3. ed. ampl. Madrid: Civitas, 1999, p. 147; Também em: De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario. Madrid, n. 80, p. 577-612, oct./dic. 1993, p. 577-612.

espanhola,²⁶ que deveria ser tomada como uma exigência indeclinável do governo humano, justamente inspirada nas Constituições européias, especialmente a alemã, à qual Parejo recorrera para fundamentar sua defesa da simples legalidade dos atos da Administração. Para Fernández, a Carta espanhola não poderia, no novo sistema democrático, ter estreitado as margens de controle das decisões dos detentores do poder, lembrando que, tanto na Alemanha, quanto na França e Itália, as decisões discricionárias tomadas, consideradas arbitrárias, não eram objeto apenas de anulação, mas também de ressarcimento dos danos causados ao particular, em autêntica substituição da decisão administrativa, em benefício do controle da arbitrariedade.²⁷

A questão polêmica parece resolver-se, na avaliação de García de Enterría,²⁸ quando este afirma que a discricionariedade deve submeter-se, sempre, ao interesse público visado pela norma jurídica e considerado um conceito jurídico indeterminado. Justamente por isso, torna-se indiscutível que o juiz deve controlar a aplicação do conceito pela Administração, o que não significa, de modo algum, o controle absoluto da discricionariedade, fazendo com que o magistrado pudesse substituir, inteiramente, a apreciação do administrador, ou a liquidação, pura e simples, da discricionariedade enquanto técnica política e conceito técnico.

No Brasil, há duas correntes de pensamento no que se refere à discricionariedade: a dos neoliberais, que querem ver aumentada a margem de discricionariedade, porque entendem que uma administração gerencial só pode ser implantada com maior liberdade de decisão aos administradores, e vêem o direito administrativo como um óbice às reformas, porque baseado

26 O texto do art. 9.1. da Constituição espanhola é o seguinte: “A constituição garante o princípio da legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos”. (em espanhol no original)

27 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario. Op. cit., p. 577-612. A polêmica, contudo, foi reduzida por Atienza a diferenças mais de ênfase do que teóricas, à medida em que Fernández defendia a proteção dos direitos e interesses individuais diante da Administração, e Sánchez e Parejo, a necessidade de a administração pública moderna assegurar meios de organização e funcionamento necessários para cumprir seus objetivos, mas nem os últimos descartavam a importância da distinção entre arbitrariedade e discricionariedade, nem o primeiro negaria a legitimidade da distinção entre legalidade e oportunidade. (Cf. ATIENZA, Manuel. Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: Comentarios a una polémica. Op. cit., p. 5-26). A polêmica, todavia, esvaeceu-se aos poucos, e não se encontram na atualidade maiores discussões a respeito do tema.

28 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. Revista española de derecho administrativo, Madrid, n. 89, p. 69-89, ene./mar. 1996, p. 69-89.

na legalidade, o que também oferece limitações à atuação das agências reguladoras; a outra corrente propugna por limites ainda mais largos à atuação discricionária, com base nos limites estabelecidos por princípios e valores constitucionais, especialmente a razoabilidade, a proporcionalidade, moralidade e o interesse público, entre outros. O mesmo ocorre em relação à discricionariedade técnica, os primeiros defendendo a exclusão dessa espécie da apreciação judicial, por ter natureza específica, podendo ser avaliada apenas pela Administração, e os segundos, posição contrária, exatamente porque a técnica pode ser avaliada por peritos e, portanto, não pode ficar alheia à apreciação judicial.²⁹

2.1. Discricionariedade na formulação e execução de políticas públicas

A definição das políticas públicas, em vários países do mundo, pouco tem da interferência das populações para as quais são destinadas as prestações proporcionadas pelos planos estatais de governo. O que se percebe é que a elaboração dos planos de governo, que encerram as políticas públicas em todas as áreas da Administração, costuma ficar sob a responsabilidade do Executivo, que acaba por ceder apenas em alguns setores, conforme o nível de pressão dos atores sociais, e do Legislativo, responsável por algumas mudanças provocadas, igualmente, pela interferência de grupos de

29 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. Interesse público, Porto Alegre, n. 30, mar./abr. 2005, p. 39-55. Andréas Krell avalia que a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados não ajudou até agora a doutrina e a jurisprudência brasileiras a passar por uma “mudança de atitude” no que se refere ao controle da discricionariedade administrativa, situação agravada pela diferenciação categórica entre atos “vinculados” e atos “discricionários”. Ademais, entre outras limitações notadas na realidade jurídica brasileira, o autor entende que a pretensão da “única solução justa” pode levar à legitimação de decisões tendenciosas, “resultado de interesses subalternos”, e considera que a “[...] discussão sobre os limites da sindicância judicial dos atos administrativos discricionários deve ser acompanhada por uma análise jurídico-funcional da capacidade real dos juízes brasileiros de controlar a aplicação de certos tipos de conceitos legais indeterminados nas diferentes áreas setoriais da Administração Pública” (KRELL, Andréas. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. Interesse público, Porto Alegre, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004, p. 21-49). Não parece possível aceitar algumas das principais teses do autor, dado que a realidade brasileira, como ele próprio cita no artigo, não é a mesma de países “centrais”, e que o controle dos atos administrativos necessita ser rigoroso em função do nível de formação, remuneração e isenção dos órgãos administrativos ser bem distante daquele verificado em países desenvolvidos. Há de se acrescentar a isso certa tradição de impunidade existente no Brasil, provocada por uma série de fatores, entre os quais está a falta de reformas na legislação processual, que sejam capazes de evitar medidas processuais que acabam por protelar as decisões judiciais finais. Semem-se a isso os altos índices de corrupção verificados nos poderes públicos brasileiros, fato que, por si só, deveria ser motivação mais do que suficiente para uma fiscalização muito mais rígida de todos os atos administrativos, em busca da preservação do respeito ao interesse público.

pressão, e boa parte fruto de negociações políticas, não raro, distanciadas das verdadeiras expectativas das populações.

O modelo de elaboração de políticas públicas, assim, na maioria dos casos, passa ao largo das reais expectativas das populações e, portanto, é natural que, ao final, essas políticas cheguem a dezoito, de modo significativo, das demandas populares. Os poderes Executivo e Legislativo, até pela realidade política da grande maioria dos países – independentemente do regime de governo – são comandados, quase sempre, pelas mesmas forças políticas que vencem as eleições, e dominam as decisões, praticamente durante todo o período de mandato, ficando para as oposições algumas poucas concessões, em regra, as que não têm grande repercussão no ambiente dos maiores problemas que a sociedade enfrenta.

O campo das políticas públicas é, historicamente, o ambiente da discricionariedade administrativa. A não ser em alguns poucos registros na História, como, por exemplo, nas assembleias dos cantões suíços, não se teve outras notáveis experiências de participação nas decisões públicas, e pouco se ouviu falar, em outras épocas, tanto quanto agora, da excessiva liberdade que o Executivo dispõe para definir os investimentos públicos, ainda que, nas democracias, isso dependa da aprovação do Parlamento. As possibilidades de escolha atribuídas ao Executivo neste momento são amplas, e pequeno é o número de situações nas quais os investimentos têm finalidade vinculada, como, por exemplo, no caso brasileiro, a educação e a saúde. E além da abertura, por ocasião das decisões sobre áreas de investimentos, o Executivo ainda pode se beneficiar das limitações impostas à sindicalização de determinados atos pelo Judiciário. Assim, ainda que se diga que a lei é o limite da discricionariedade, porque estabelece as condutas e o administrador apenas deve escolher entre as alternativas colocadas pela norma,³⁰ não é verdadeiro que essa vinculação das alternativas legais seja balizadora das atitudes da Administração, no sentido de que esta faça, sempre, a escolha da melhor alternativa à disposição.

Todas as dificuldades apontadas acenam para uma impossibilidade de se coordenar as políticas partidárias, pelas quais os administradores assumem determinados compromissos, com as políticas públicas, desenvolvidas para atender às necessidades das populações. Não parece haver outra solução, em princípio, que a existência de um mecanismo capaz de funcionar como marco orientador da atividade pública, de modo que,

30 Por todos, veja-se SCOCA, Franco Gaetano. La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Roma, n. 4, p. 1045-1072, 2000.

mesmo diante de atos considerados discricionários, possa o administrador, seguindo determinados parâmetros previamente estabelecidos, realizar a escolha que mais atende à finalidade do ato, ou seja, atender ao interesse público. É nesse ponto que parece necessário retomar a Constituição dirigente, enquanto instrumento balizador da atividade pública, de modo a estabelecer critérios que reduzam as decisões distantes das reais necessidades dos administrados ao mínimo possível. Ou seja, um marco definidor de critérios hábeis a proporcionar as escolhas adequadas pelo administrador, tanto nos atos vinculados quanto naqueles discricionários.

Essa necessidade leva à lembrança de que a Constituição dirigente, ou a força dirigente dos direitos fundamentais, consagrada na expressão de Canotilho,³¹ que foi aprovada pelos Constituintes de 1988, teve o propósito de servir de programa permanente para a ação pública, dotada de mandamentos como justiça, igualdade e bem-estar social, o que vem determinado desde o preâmbulo, seguindo-se nos artigos 1º, 3º e 170, além de outros dispositivos, através do compromisso com a dignidade da pessoa humana.³²

Como visto, não se pode falar da superação do dirigismo constitucional em uma realidade social como a do Brasil. A falta de efetividade dos

31 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 417. Veja-se, a respeito da relatividade da teoria da “constituição dirigente”, a exposição do próprio Canotilho, quando justifica que a expressão “a constituição dirigente morreu”, refere-se às mudanças representadas pelas promessas da Carta portuguesa de 1976 – a qual “[...] reivindicava textualmente a dimensão emancipatória das grandes récitas” – que propunha a “[...] transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes”, através de “[...] uma aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. *Interesse público*, Porto Alegre, n. 17, jan./fev. 2003, p. 13-24).

32 Diz o preâmbulo da Constituição brasileira: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte 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” (grifo nosso). No art. 1º, a Carta contempla: “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”. No art. 3º, se lê: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...]”. O art. 170 prevê: “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 [...]” (grifo nosso).

direitos sociais no País, considerados de segunda geração,³³ enquanto os direitos políticos, considerados de terceira geração, ganham *status* de universalidade – basta observar os números do alistamento eleitoral no País e o moderno sistema de urnas eletrônicas a que todos têm acesso, exemplo para outros países, quando se registram casos de trabalho escravo, altos índices de mortalidade infantil, milhares de pessoas vivendo nas ruas, sem direito à moradia e à integridade, entre outros –, demonstra o desajuste das políticas públicas adotadas pelos sucessivos governos. O quadro não pode prescindir do envolvimento de nenhum dos atores sociais, especialmente do Judiciário, no exercício de suas funções de aplicar o ordenamento jurídico, conforme os ideais do dirigismo constitucional, sob pena de arcar com o peso não apenas da omissão, mas da contribuição quase dolosa para a perpetuação do caos.

2.2. Novo conceito garantista da discricionariedade administrativa

Do ponto de vista de uma visão garantista do controle da Administração, dado que esta deve atuar, em todos os momentos, tendo a pessoa como centro de suas realizações, cabe ao Judiciário a avaliação dos atos administrativos, sempre sob a perspectiva dos direitos fundamentais constitucionais, “[...] considerados agora sob um aspecto substancial e primacial, posto que traduzem os valores morais e políticos da sociedade”.³⁴ Isso implica dizer que a Administração tem o dever, sob essa ótica, de realizar os direitos fundamentais dos cidadãos, no maior grau possível, observando, sempre, o interesse geral. Logo, o tradicional controle dos atos administrativos que se faz no Brasil, partindo-se da existência de uma decomposição em conteúdo, forma e pressupostos, com o objetivo de atestar-lhes a conformidade e legalidade, é insuficiente e incompleto, já que um ato pode, até, conter todos os requisitos legais, mas estar em confronto com direitos tutelados pelo ordenamento.

Quanto à legitimidade do controle da atividade administrativa, no Estado democrático de Direito, se pode dizer, emprestando o raciocínio de Sainz Moreno,³⁵ que é a plena submissão da Administração ao ordenamento

33 Cf. classificação de BONAVIDES, Paulo. . Do Estado liberal ao Estado social. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 16.

34 CADEMARTORI, Luiz Henrique. Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito. Curitiba: Juruá, 2001, p. 148-150.

35 SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 352.

jurídico, em função do princípio da legalidade, e por força deste, ao controle judicial, a qual deve ser tomada como idéia nuclear da organização democrática da vida comunitária. Isso significa que a administração pública gerencia interesses que não são seus, mas da comunidade à qual serve e, portanto, é esta comunidade, e não outras entidades tutelares, que deve decidir o que deseja e a forma como executar o que tenciona. Essa vontade está consolidada na lei aprovada pelo Parlamento, ao cumprimento da qual a Administração está adstrita. Só a partir da norma, a Administração pode retirar fundamento para os seus poderes, de modo que essa fonte de legitimidade não pode ser substituída por um suposto “melhor saber burocrático”, na tutela dos administrados.

Assim, a comunidade pode, até, equivocarse, mas, enquanto povo livre, tem a dignidade de assumir e superar os seus erros. Portanto, o controle judicial da legalidade administrativa é elemento essencial da organização democrática do poder público, enquanto submete a legalidade e, em decorrência disso, a legitimidade, dos atos dos órgãos que personificam o poder a um juízo de razão. Logo, como se verá no tópico seguinte, a situação que se apresenta no caso concreto deve ser analisada, sempre, com a atenção voltada ao atendimento do básico essencial aos administrados, sendo somente a partir desse pressuposto que se poderia permitir, ao poder público, decidir, de forma discricionária, no que se refere às políticas públicas.

Esse novo conceito de discricionariedade implica ressaltar que hoje, quando a litigiosidade ganhou parâmetros de infinitude e o Judiciário defronta-se com a discussão de valores como os da propriedade e da função social, da propriedade e dos direitos ambientais, dos consumidores, dos menos favorecidos, entre outros, o papel desse Poder não pode continuar igual ao que este desempenhava no século XIX. Até porque, as últimas décadas do século XX demonstraram, claramente, a solidez do neoliberalismo em vários países do mundo, com os processos de privatização que passaram ao poder privado milhões de dólares em bens públicos, experiência também vivida pelo Brasil, nos anos 1990, cujas conseqüências são: o empobrecimento cada vez maior das populações; o aumento da demanda de prestações públicas e, em função disso, a ampliação da necessidade da presença estatal em serviços básicos, principalmente para os mais pobres.³⁶

36 Na América Latina, o número de pobres saltou de 200,2 milhões para 221,4 milhões, dos quais 93,4 milhões são indigentes, ainda que o percentual de pobreza houvesse reduzido no mesmo

A realidade que os juízes vivenciam, diuturnamente, não permite que eles possam isolar-se no neutralismo formal da legislação, sem avaliar o conteúdo de certas decisões da Administração que se incluem entre as quais cabe ao Executivo escolher a solução mais adequada. Não há possibilidade de se imaginar a velha teoria da discricionariedade como a tese fechada da oportunidade e da conveniência do administrador, de modo especial quando as definições de políticas públicas afetam direitos fundamentais dos administrados, como a vida, a integridade, entre outros. As decisões dos juízes de primeira instância, nesse sentido, têm aumentado consideravelmente nos últimos anos e, nos tribunais, a jurisprudência vem se encaminhando, de modo visível, para essa direção.³⁷

período, de 48,3 para 44 por cento (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Panorama social de América Latina 2004. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Cap. I, p. 5. Disponível em: <<http://www.cepal.org>>. Acesso em: 20 jul. 2005).

- 37 Nesse sentido, decisão do TRF 4ª. Região determinou liminarmente, em Ação Civil Pública, a “[...] execução de obra relativa à duplicação de rodovia federal, ante a responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito havidos na rodovia de sua competência” (AI 200404010145703-SC. 4ª. Turma. Rel. Juiz Edgard A. Lippmann Junior. J. 23.06.2004. DJU. 04.08.2004). Em outra decisão, o mesmo tribunal considerou adequado o caminho da Ação Civil Pública para obrigar a União federal a “[...] realizar estudos técnicos, nas rodovias federais, para sinalização adequada aos preceitos do Código Brasileiro de Trânsito”. No acórdão, o juiz relator afirma: “I. A intervenção do Judiciário em questões administrativas é cabível apenas em áreas alheias à margem de discricionariedade do administrador, aquele legitimado ao juízo de oportunidade e conveniência quanto à atuação da Administração, em que se consideram os recursos disponíveis, normalmente escassos, e as inúmeras necessidades. Tais áreas de intervenção admissível são, justamente, as da competência vinculada, em que a conduta da Administração é ditada pelo ordenamento jurídico e pelas normas, regras ou princípios, que o compõem. II. Considerando que a segurança e a saúde dos administrados e usuários de rodovias, bem como a integridade do patrimônio público que representam, são valores jurídicos tutelados pelo ordenamento, é de se concluir que atos tendentes a fragilizá-los ou vulnerá-los violam o sistema e extrapolam a discricionariedade. Assim, promover a devida e correta realização de estudos técnicos nas rodovias federais para a devida adequação dos preceitos do CTB à sinalização, em sendo determinadas pelo Judiciário, são medidas que buscam corrigir desvio de conduta vinculada esperada da Administração” (AC 200171030005082-RS. 4ª. Turma. Rel. Juiz Waldemar Capeletti. J. 20.08.2003, DJU 10.09.2003). Ainda da mesma Corte, decisão concedendo tutela antecipada para efeito de retenção de verbas da CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), destinada à atualização de tabelas de procedimentos do Serviço Único de Saúde (SUS). O acórdão afirma: “[...] A questão relativa às diferenças decorrentes da aplicação de critério diverso daquele estabelecido em lei para a conversão da moeda no pagamento de serviços médico-hospitais prestados por entidades conveniadas ao SUS não diz apenas com valores de natureza econômica, mas trata sobretudo de matéria atinente à saúde pública. O descaso do Governo Federal com a saúde pública enseja a atuação firme do Judiciário no sentido de preservar os valores que são sagrados perante a Constituição e que não podem ser desprezados em favor de possíveis pronunciamentos contrários das Cortes superiores. A posição do STJ sobre a matéria, bem como as dificuldades financeiras comprovadas pelo agravante, que acabarão por repercutir na prestação dos serviços médico-hospitais à população carente, justificam a presença dos requisitos legais para o restabelecimento da tutela antecipada” (AGRAC 200271000274277-RS. 3ª. Turma. Rel. Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. J. 10.08.2004. DJU 18.08.2004, p. 457).

Os próprios tribunais têm adotado, cada vez mais, uma postura pouco passiva diante dos desmandos e, também, da simples ineficiência administrativos, no que caminham no tom das ruas, onde os administrados já não suportam a aplicação de recursos públicos em programas menos importantes, enquanto a esmagadora maioria da população continua pobre, crianças continuam sem escola, saúde ou saneamento básico, entre outros direitos que lhes são negados todos os dias. O administrador público, portanto, só pode escolher suas prioridades de forma discricionária depois de cumprir com o básico, pois, enquanto não o fizer, vedada se mostra a destinação de recursos para finalidades outras, cuja natureza foge à urgência das necessidades fundamentais dos administrados.³⁸

Outra limitação capaz de se contrapor a uma atitude menos passiva do Judiciário no controle da Administração tem sido a alegação da “reserva do possível”, teoria surgida na Alemanha e amplamente utilizada nos países europeus, segundo a qual, a prestação reclamada pelo administrado deve corresponder ao que o indivíduo pode, razoavelmente, exigir da sociedade, de modo que, ainda que o Estado disponha de recursos e poder de disposição, não há obrigatoriedade de prestar algo que sobressai aos limites do razoável.³⁹ Isto significa levar em conta que existe um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, referente à disponibilidade material e jurídica de recursos necessários à realização da prestação exigida. Na Europa, essa possibilidade pode ser considerada, já que as prestações públicas podem ser satisfeitas com maior facilidade, dado que a economia dos países é mais estável, os controles sociais são mais eficientes e as políticas públicas atingem o maior número de administrados, cabendo, portanto, a discussão

38 Cf. ROSA, Alexandre Morais da. Sentença em Ação Civil Pública. Autos n. 038.03.008229-0. Op. cit.. A ação do Ministério Público contra o Município de Joinville reclamava a inversão de prioridades com a desapropriação de área particular, no valor de 1,75 milhões de reais, para construção de estádio de futebol, em detrimento do atendimento a 2.948 crianças para as quais não havia vagas nas escolas. O juiz condenou liminarmente o Município a abrir as vagas necessárias no período de 45 dias, sob pena de multa mensal no valor de um salário mínimo por vaga não preenchida, revertendo os valores ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. A liminar do Juiz de primeiro grau foi cassada pelo TJ-SC, mas antes da sentença de mérito, o Município e o Ministério Público assinaram um Termo de Ajustamento de Conduta, prevendo a construção dos centros educacionais reclamados, no prazo de quatro anos. O juiz homologou o acordo e o processo foi arquivado.

39 KRELL, Andréas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os [des] caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 52 e seguintes. Segundo o autor, a teoria da “reserva do possível” nasceu de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, a qual considerou que o Estado não era obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas nas universidades, dado que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos.

dos limites do Estado social e até a redução das prestações, o que não tem correspondência na realidade brasileira, onde o “[...] Estado-providência nunca foi implantado”.⁴⁰

Em conseqüência dessa realidade do Brasil, a margem de manobra do poder Judiciário pode ser bem mais ampla, e sua base descansa em dois critérios: assegurar um “padrão mínimo social”⁴¹ aos cidadãos e o razoável impacto da decisão sobre os orçamentos públicos. Logo, diante da ausência desse “mínimo”, o juiz estaria autorizado a decidir sobre políticas públicas que envolvam a realização de obras, quando tal providência for imprescindível e possível. Os critérios para definição do que seja imprescindível não oferecem maior dificuldade, pois as carências, em quase todas as áreas, são significativas, como se pode verificar pelo grande número de ações que chegam ao Judiciário em busca de efetivação de prestações públicas, além das informações que são publicadas, todos os dias, na imprensa.

Mas decidir sobre o que seja ou não factível nos limites do orçamento do Executivo implica conhecer detalhes técnicos que não são comuns à prática dos magistrados. Assim, uma solução que parece ajustar-se à situação seria a presença de decisões do Executivo que destoam da realidade social, como, por exemplo, investimentos em obras de grande vulto, que não representam satisfação do mínimo social necessário à sobrevivência digna dos administrados, em detrimento das necessidades vitais de áreas prioritárias. Exemplo disso se constata em decisões como a que o juiz determina o suprimento de vagas para crianças fora da sala de aula em detrimento da construção de um estádio de futebol, cuja prioridade, naquele momento, era absolutamente discutível, diante da realidade à qual eram submetidos os administrados.⁴² Ademais, o sistema de

40 KRELL, Andréas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os [des] caminhos de um direito constitucional “comparado”. Op. cit., p. 52.

41 O conceito é de COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil Interesse Público, Porto Alegre, n. 28, p. 64-90, nov./dez. 2004, p. 64-90.

42 Cf. ROSA, Alexandre Morais da. Sentença em Ação Civil Pública. Autos n. 038.03.008229-0. A ação do Ministério Público contra o Município de Joinville reclamava a inversão de prioridades com a desapropriação de área particular, no valor de 1,75 milhões de reais, para construção de estádio de futebol, em detrimento do atendimento a 2.948 crianças para as quais não havia vagas nas escolas. O juiz condenou liminarmente o Município a abrir as vagas necessárias no período de 45 dias, sob pena de multa mensal no valor de um salário mínimo por vaga não preenchida, revertendo os valores ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. A liminar do Juiz de primeiro grau foi cassada pelo TJ-SC, mas antes da sentença de mérito, o Município e o Ministério Público assinaram um Termo de Ajustamento de Conduta, prevendo a construção

planejamento instituído pela Constituição de 1988 é dotado de mecanismos para a comprovação de que os objetivos da Carta estão sendo cumpridos pela Administração de forma ampla, democrática e transparente, como a compatibilização do Plano Plurianual com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária do exercício em andamento.⁴³ Deve-se assinalar que, quando a própria lei mal dimensiona os investimentos públicos, distorcendo as prioridades, cabe a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade da norma, conforme o caso, de modo que todas as atitudes relacionadas com a definição e realização das políticas públicas poderão ser fiscalizadas pelo Judiciário.

E tais atitudes não podem ser vistas como “judicialização da política”,⁴⁴ ou “ativismo judicial”,⁴⁵ dado que, se uma parcela da população não dispõe de mecanismos de defesa de seus direitos de outro modo que não a ação judicial proposta pelo Ministério Público ou por associações credenciadas a isto, não resta outra alternativa ao magistrado que a de acolher o pedido e determinar a correção da situação de extrema gravidade, urgência e injustiça, conforme o caso, através da realização das obras e serviços necessários à efetivação da decisão. O que se exige é a aplicação da lei de acordo com a Constituição, o que é considerado, no Brasil, tarefa mais fácil do que em outros países, onde é necessário realizar um exaustivo trabalho de interpretação, para retirar de vagos princípios as diretrizes da norma.

A Carta brasileira não padece desses males, pois tem caráter analítico, o que implica, apenas, a sua implementação para que sejam alcançados os objetivos de justiça social.⁴⁶ Logo, o orçamento público não pode mais ser considerado esfera intocável pelo Judiciário. É importante assinalar a necessidade de que a decisão judicial seja criativa, use de razoabilidade na avaliação das possibilidades do orçamento público, e fixe prazos razoáveis e compatíveis com a execução orçamentária. Diante desses cuidados, não

dos centros educacionais reclamados, no prazo de quatro anos. O juiz homologou o acordo e o processo foi arquivado.

43 Cf. SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. Interesse Público, Porto Alegre, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

44 Termo usado por SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. Op. cit, p. 213-226.

45 COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Interesse Público, Porto Alegre, n. 28, p. 64-90, nov./dez. 2004, p. 64-90. O uso do termo parece ter o sentido de atividade judicial político ideológica, da forma como o toma o autor.

46 SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. Op. cit, p. 213-226.

há porque considerar a decisão dos magistrados como “ativismo” judicial.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça registra casos que podem ilustrar a tese, em decisões que tratam do benefício assistencial de um salário mínimo, previsto na Constituição brasileira no art. 203, V, destinado a pessoas que não têm condições de se manter pelos próprios esforços ou de familiares, nos termos da legislação regulamentadora.⁴⁷ Ocorre que a Lei n. 8.749/93, que regulamentou o preceito constitucional, exige, além das condições previstas na Carta, também uma renda familiar do paciente não maior do que um quarto do salário mínimo vigente.⁴⁸ A teoria da reserva do possível, assim, só pode ser arguida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo usados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população desprovida de mecanismos para exercer seus direitos e, especialmente, se isso for progressivo no tempo, por força dos impedimentos causados pela limitação de sua liberdade jurídica, ou das capacidades reais para exercê-las. Sem forças suficientes para atingir determinados patamares mínimos necessários à manutenção da sua dignidade, essa parcela das populações necessita de que o Judiciário faça com que os direitos fundamentais previstos na Constituição sejam aplicados.

Ademais, a Emenda 26 da Constituição inseriu um novo direito social, a “assistência aos desamparados”,⁴⁹ impondo ainda maior compromisso

47 O texto do art. 203, da Constituição, prevê: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

48 STJ AGA 521467-SP. Rel. Min. Paulo Medina. 6a. Turma. J. 18.11.2003. DJ. 09.12.2003. No acórdão, o Relator afirma: “I. A impossibilidade da própria manutenção, por parte dos portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar per capita mensal inferior a ¼ do salário mínimo, podendo caracterizar-se por concretas circunstâncias outras, que é certo, devem ser demonstradas”. Em outra decisão, o Tribunal rejeitou recurso da Previdência Social contra a concessão do mesmo auxílio a paciente de AIDS, adotando semelhante posicionamento: “A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados freqüentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família, tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente; II – O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene e se vestir, não pode obstar à percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo – o que não parece ser o intuito do legislador” (STJ REsp. 360202-AL. Rel. Min. Gilson Dipp. 5ª. Turma. J. 04.06.2002. DJ. 01.07.2002).

49 O texto do art. 6º. da Carta, alterado pela Emenda n. 26, de 14.02.2000, prevê: “São direitos sociais

dos magistrados com as camadas pobres da população, de modo que estão legitimados pela Carta à defesa daquele direito, quando seus titulares não são contemplados com as prestações a que o Estado está obrigado. E essa tarefa enquadra-se na teoria garantista de Ferrajoli⁵⁰ mediante dois princípios desta teoria: o da legalidade, que significa que as garantias dos direitos fundamentais estejam asseguradas na legislação, e o da submissão à jurisdição, ou seja, que tais direitos sejam acionáveis em juízo, em relação aos sujeitos responsáveis por suas violações, por ação ou omissão. Os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição brasileira, têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), assim como os direitos sociais (art. 6º), e os regulamentados por leis especiais, podendo, cada qual deles, ser reivindicado em juízo, por força da previsão constitucional de sindicabilidade de toda e qualquer ameaça ou lesão de direito (art. 5º. XXXV).

Mais do que simples instrumentos mecânicos de aplicação do Direito, portanto, os magistrados, nesse processo, devem ter uma atuação criativa, encontrando, no próprio ordenamento, as soluções capazes de promover a estabilidade social mediante o atendimento das necessidades básicas das populações. E não necessariamente isso deve ocorrer mediante longos processos judiciais, mas, principalmente, pela intermediação que os julgadores podem desenvolver no sentido, sempre, de compor as partes, para que, ao final, possam os administrados receber, efetivamente, as prestações a que têm direito. Nesse sentido, a atividade judicial exige do magistrado, em maior ou menor grau, um papel criador, de modo a atribuir a relevância devida a um ou outro fato determinado, encontrando as soluções para as lacunas e antinomias, na composição do que se convencionou chamar de “casos difíceis”, e também esclarecendo o significado de conceitos jurídicos indeterminados.⁵¹

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”.

50 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Op. cit., p. 734. O art. 5º. § 1º. da constituição brasileira tem o seguinte texto: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

51 A propósito, veja-se COSTA, Flávio Dino de Castro. *A função realizadora do poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil*. Op. cit., p. 64-90. O autor cita pesquisa do Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP), de 2000, na qual 73,1% dos juizes ouvidos manifestaram-se no sentido de que “[...] o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem contratos”. Na mesma pesquisa, 52,9% dos magistrados declararam que apenas ocasionalmente adotam decisões mais “[...] baseadas em suas visões políticas do que na leitura rigorosa da lei”, enquanto 21,5 por cento afirmaram nunca tomar decisões com base em suas visões políticas, e apenas 4,2% disseram seguir essa orientação sempre.

As políticas públicas, portanto, não integram terreno vedado à fiscalização do Judiciário, podendo ser avaliadas pelos juízes, desde que estes adotem técnicas jurídicas capazes de tornar essa avaliação viável, dando legitimidade e consistência ao controle da administração. Entre as técnicas já consagradas, estão as teorias dos motivos determinantes – razões de direito ou considerações de fato, avaliadas de modo objetivo, sem a influência das quais o órgão administrativo não teria manifestado sua vontade nos termos colocados, ou premissas das quais se extrai a conclusão, que é a decisão administrativa⁵² – e do desvio de finalidade, manifestado quando a prática do ato administrativo, baseada na atitude do agente, volta-se a uma finalidade de interesse privado, ou até a outro fim público, mas estranho às previsões normativas,⁵³ além dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Vários dispositivos legais do ordenamento brasileiro contemplam essas técnicas, como nas Leis da Ação Popular e do Procedimento Administrativo, entre outras, também consagradas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.⁵⁴ Deve-se assinalar, então, que, aos juízes, não é tudo permitido, e nem deve ser. Mas eles “[...] podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e

52 CAETANO, Marcelo. Manual de direito administrativo. brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 435-436.

53 TÁCITO, Caio. O desvio de poder nos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 320, p. 3.

54 A Lei n. 4.717/65 (Ação Popular) prevê no art. 2º. “São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior nos casos de: [...] d) inexistência de motivos; e) desvio de finalidade; Parágrafo Único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...] d) a inexistência de motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. Na Lei n. 9.784/99 (Procedimento Administrativo), art. 2º., lê-se: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo Único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. O Superior Tribunal de Justiça decidiu, nesse sentido: “[...] 2. A atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. 3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a contrario sensu; vale dizer, escapa à razoabilidade ‘aquilo que não pode ser’. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado” (STJ-REsp. 443310-RS. Rel. Ministro Luiz Fux. DJ 03.11.2003).

inesgotável utopia da construção da felicidade de cada um e de todos”.⁵⁵

O Judiciário, no caso do controle das políticas públicas, deve ser visto com uma das funções da soberania do Estado em ação, quando atua no suprimento da ausência do legislador ou da Administração. Na esteira do raciocínio de Alexy,⁵⁶ pode-se afirmar que, quando um juiz ou um tribunal age em defesa de falhas, tanto do Executivo, quanto do Legislativo, não está atuando contra a população, mas em nome dela, contra seus representantes políticos, demonstrando que o processo político falhou, do ponto de vista dos critérios “jurídico-humanos” e “jurídico-fundamentais”, exigindo dos cidadãos a aprovação dos argumentos do tribunal, quando aceitam a argumentação “jurídico-constitucional racional”.⁵⁷ Completa o autor, afirmando que, quando há a estabilização de um processo de reflexão entre a coletividade, legislador e tribunal constitucional de forma duradoura, “[...] pode-se falar em institucionalização que deu certo dos direitos do homem no Estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão então reconciliados”.⁵⁸

CONCLUSÃO

As questões avaliadas neste estudo, portanto, impõem suprimir um controle da administração que leve em conta a adoção de um novo conceito de discricionariedade, o qual implica em que aquela contemple, com absoluta prioridade, o suprimento das necessidades básicas das populações que dependem das prestações estatais, ou seja, a composição de um mínimo essencial que permita a vida com dignidade, como, por exemplo, proporcionar escola e saúde para todas as crianças, e atendimento social a todos os necessitados. Cumprida essa exigência, restaria, ao administrador, a possibilidade de escolher entre duas ou mais alternativas válidas e legais, na esteira do conceito tradicional da discricionariedade, definindo-se por políticas públicas que não guardam características de prioridade para os administrados.

55 COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Op. cit., p. 64-90.

56 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul/set. 1999, p. 55-66.

57 Ibidem, p. 55-66.

58 Ibidem, p. 55-66.

Neste raciocínio, torna-se imperioso ter presentes as mudanças registradas nas últimas décadas, com relação à rigidez do princípio da separação dos poderes, o qual já não pode ser observado sob a ótica de uma espécie de fundamentalismo religioso, mais retórica do que objetiva, e abrangendo somente alguns aspectos, de forma assistemática.

A concepção atual do princípio deve ser tomada levando-se em consideração que o passado histórico da tripartição dos poderes a vincula, de modo estreito, à tutela da liberdade, não sendo, de qualquer modo, obrigatória, a necessidade de uma rígida separação de poderes estatais para o alcance desse objetivo, tese que, definitivamente, deve ser relegada ao campo dos mitos.

A comprovação desse mito pode ser observada, especialmente, nas relações entre Legislativo e Executivo, tanto em sistemas parlamentaristas, quanto presidencialistas. Percebe-se, assim, que, na maior parte dos casos, o governo e as maiorias parlamentares são a expressão de um mesmo partido ou coalizão de partidos. Logo, destaca-se a ausência de verdadeira autonomia do Legislativo diante do poder Executivo, pois grande parte das leis aprovadas é de iniciativa do governo. Enquanto isso, este dispõe de um grande poder regulamentar e de planejamento, tanto autorizado pela Constituição, quanto atribuído pela legislação ordinária.

Diante dessa realidade, pode-se admitir uma atuação mais presente do poder Judiciário no controle de políticas públicas que realizam direitos fundamentais sociais, nas atuações do poder Executivo que se desviam das prioridades, deixando de assegurar direitos básicos à saúde, à subsistência e à educação, entre outros. Estas ações serão passíveis de controle mais rígido do magistrado.

No campo procedimental, observa-se que a atuação do juiz, aqui, não interfere no poder Executivo, apenas promove uma correção de rumos, mediante critérios objetivos de distinção das diversas situações de prioridade para a população, a serem aferidas mediante provas periciais, para que os recursos, efetivamente, atendam ao interesse maior, que é a razão da existência do Estado, aplicando-se, ao caso, a posição do Ministro Luiz Fux, o qual, ao relatar, em julgamento do Supremo Tribunal Federal, afirmou que diante de determinadas circunstâncias, está afastada a alegação de “ingerência entre os poderes,” uma vez que o Judiciário, sob a justificção de malferimento da lei, pode determinar a realização de tarefas que resgatem a efetivação prática das promessas constitucionais.

REFERÊNCIAS

- AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Madrid: CEC, 1980.
- ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernest; DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- ABRANTES, J. J. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Lisboa: Themis, 2001.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004
- _____. *Homo sacer - o poder soberano e a vida nua I* - Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- _____. *Potentialities* Standord: Stanford University Press, 1999
- _____. *The coming community* Minneapolis: University of Minnesota Press, 2001
- ALEKSANDROV, A. D., KOLMOGOROV, A. N., LAURENTIEV M. A. et. al. *La Matemática: su contenido, métodos y significado* – Madrid: Alianza Editorial, 1973
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul/set. 1999.
- ALLIEZ, Eric. (org.) *Gilles Deleuze: uma vida filosófica*. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000.
- ALLIEZ, Eric. *A assinatura do mundo: o que é a filosofia de Deleuze e Guattari*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994
- _____. *Deleuze Filosofia Virtual*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1996
- ANSUÁTEGUI ROIG, Fco. Javier (org.) *Gilles Deleuze: uma vida filosófica*. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000
- ANSUÁTEGUI ROIG, Fco. Javier. “El concepto de Poder en Spinoza: Individuo y Estado”. *Revista de Estudios Políticos*, nº 100, abril-junio 1998, pp. 123-151.

APARICIO, J., “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: hacia el seguro y el asistencialismo”, *Revista de Derecho Social*, nº 19, 2002, pp. 22-23;

_____. *La Seguridad social y la protección de la salud*, Madrid: Civitas, 1988.

_____. “Sobre la suficiencia de las prestaciones con ocasión de las recientes reformas del Sistema de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social* núm. 17, 2002, p. 235 y ss.

ARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de os derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: CEC, 2000.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ARIEL DOTTI, René. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: RT, 1980.

ARISTÓTELES. *A Política*. 3. ed. Brasília: UnB, 1999.

ATIENZA, Manuel. “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: Comentarios a una polémica”. *Revista española de derecho administrativo*, Madrid, n. 85, p. 5-26, ene./mar. 1995.

BARABÁSI, Albert-Lazlo. *Linked: The New Science of Networks*. Cambridge, MA: Perseus Publishing, 2002

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos. Temas de Direito Processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004

BARROS DE TOLEDO, Susana. *O principio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BAYLOS, Antonio Pedro Grau. “Diálogo Social y Negociación Colectiva: una narración.” *Revista de Derecho Social* nº 17, 2002, pp. 203-225

_____. “El Derecho de Huelga a los 25 años de Aprobación del DLRT-77”. *Cuadernos de Derecho Judicial – Derecho Colectivo III*, 2003, pp. 157-190

BAYLOS, Antonio Pedro Grau; “Retorno a la empresa y problemas derivados de la institucionalización de la acción sindical en ese espacio”. *Viento Sur* nº 75, 2004, pp. 99-106

_____. *Sindicalismo y Derecho Sindical*. Madrid: Editorial Bomarzo, 2004.

BAYLOS, Antonio Pedro Grau; LOPÉZ, José Luis Bulla. “Sobre el actual modelo de representación (una conversación particular)”. *Revista de Derecho Social* nº 22, 2003, pp. 227-239

BAYLOS, Antonio Pedro Grau; VALDÉS DE LA VEGA, Berta. “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”. In: ALARCÓN CARACUEL & ESTEBAN LEGARRETA *Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabalho* - Madrid: Editorial Bomarzo, 2004, pp. 121-160

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

BERGER, P. I. LUCKMANN. T. *Construção Social da Realidade*. Petrópolis: Vozes, 2006.

BERMANN, G.A., y PISTOR, K. (Eds.), *Law and Governance in an Enlarged European Union*. Columbia Law School, New York, Hart Publ., Oregon: Oxford and Portland, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BLONDEAU, Olivier; DYER, Nick Whiteford; VERCELLONE, Carlo; KYROU, Ariel; CORSANI, Antonella; RULLANI, Enzo; MOULIER BOUTANG, Yann; LAZZARATO, Maurizio *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2004

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BÖCKENFÖRDE, E.W., *Escritos sobre derechos fundamenaes*. Baden-Baden: Verlagsgesellschaft, , 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

- BRESSON, M. *Sociologie de la précarité*. Paris: Armand Colin, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUTLER, J., LACLAU, E. y ŽIŽEK, S. *Contingency, hegemony, universality* New York: Verso, 2000
- CABEZA, J., “Cuestiones sobre el seguro de dependencia”, en AESS, *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y adaptabilidad del sistema*, Murcia: Laborum, 2006.
- CABEZA, J., “Estrategia Europea, Estado Autonómico y política de empleo”, en AA.VV., *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Murcia: Ed. Laborum, 2007.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique. *Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito*. Curitiba: Juruá, 2001.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. *Interesse público*, Porto Alegre, n. 17, jan./fev. 2003, p. 13-24.
- CARMERLINCK, G. H. Lyon-Caen. *Derecho del trabajo*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1972.
- CARRIL, Xosé Manuel Vázquez. *Asociaciones sindicales y Empresariales de carácter internacional*. Granada: Editorial Comares, 2003.
- CASCAJO, J.L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: C.E.C., 1988.
- CASTRO, B. de, *Los derechos económicos, sociales y culturales*. Universidad de Leon, 1993.
- CASTRO, Javier Gárate. Derechos Fundamentales del Trabajador y Control de la Prestación de Trabajo por Medio de Sistemas Proporcionados por las Nuevas Tecnologías. In: *Minerva. Revista de Estudos Laborais*. Lisboa: Almedina, Ano V, n. 8, março/2006, p. 151-180.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. *El Proceso Laboral de Tutela de la Libertad Sindical y demás Derechos Fundamentales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004.

COCCO, Giuseppe; SILVA, Gerado; GALVÃO, A. Patez (orgs.). *Capitalismo cognitivo – trabalho, redes e inovação*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003

COELHO MOREIRA, Teresa. A conduta e a orientação sexuais do trabalhador. In: MONTEIRO FERNANDES, António (Coord.) *Estudos de Direito do Trabalho em homenagem ao Prof. Manuel Afonso Olea*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 613-645.

CORSANI, Antonella. Elementos de uma ruptura: a hipótese do capitalismo cognitivo. in COCCO, Giuseppe; SILVA, Gerado; GALVÃO, A. Patez (orgs.) *Capitalismo cognitivo. trabalho, redes e inovação*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003, pp. 15-32.

COSSIO, J.R., *Estado social y derechos de prestación*. Madrid: C.E.C., 1989.

COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 28, p. 64-90, nov./dez. 2004.

DE LA VILLA, L.E., DESDENTADO A.: *La reforma del sistema español de Seguridad Social*, 2. ed., Madrid: Fundación IESA, 1985.

DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça*. São Paulo: Saraiva, 1960.

DELEUZE, G.; GUATTARI, F. *Mil Platôs - capitalismo e esquizofrenia*. v. 1-5. Rio de Janeiro: Editora 34.

_____. *O que é a filosofia* - Rio de Janeiro: Editora 34, (1991) 1997.

DELEUZE, G.; PARNET, C. *Dialogues II* - New York: Columbia University Press, 2002.

_____. *Diálogos* - São Paulo: Editora Escuta, 1998.

DELEUZE, Gilles. ¿En qué se reconoce el estruturalismo? In: CHÂTELET, F. et. al. *Historia de la filosofía - El siglo XX*, vol. IV – Madrid: Espasa-Calpe, 1984.

_____. *Cinema 1 - a imagem-movimento*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

_____. *Diferencia y repetición* – trad. castel. Alberto Cardin - Madrid: Ediciones Jucar, 1988.

CHÂTELET, F. et. al. *Espinosa – filosofia prática*. São Paulo: Editora Escuta, 2002.

_____. *La Filosofía crítica de Kant* Madrid: Cátedra, (1963) 1997.

_____. *Lógica do Sentido* - São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Márcio Túlio et al (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 1997.

DESDENTADO, A., “El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 38, 1983.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. *Interesse público*, Porto Alegre, n. 30, mar./abr. 2005.

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Cândido R.. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 1986.

_____. *Nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ECHANDIA, Devis. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Editorial Universidad, 1997.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1996.

ESCUADERO, Ricardo. *La Representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*. Madrid: Editorial Tecnos, 1990.

ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración. In: ESPAÑA. Ministerio de Justicia. *Anuário de Filosofia del Derecho*. Madrid, 1990.

FARINA, Juan M. *Justicia ficción y realidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

FERNANDEZ LOPEZ, Maria Fernanda. *El Sindicato – naturaleza jurídica y estructura*. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

FERNÁNDEZ, E., *Filosofía, Política y Derecho*. Madrid: M. Pons, 1995.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”. *Revista española de derecho administrativo*, Madrid, n. 80, p. 577-612, oct./dic. 1993.

_____. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. *De la arbitrariedad de la administración*. Madrid: Civitas, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1990.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *El derecho a la intimidad: análisis del art. 1.071 bis del Código Civil*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1982.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa Editorial, (1973) 1995

_____. *Microfísica do poder*. 5.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

_____. *Resumo dos Cursos do Collège de France (1970-1982)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997

FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”. *Revista española de derecho administrativo*, Madrid, n. 89, p. 69-89, ene./mar. 1996.

GARCIA-NÚÑEZ SERRANO F.: “Los complementos autonómicos: ¿Seguridad Social o Asistencia Social?”, *RMTAS* núm. 34.

GIL Y GIL, José Luís. *Principio de la buena fe e poderes empresarias*. Sevilla (Espanha): Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2003.

GUIBERNAU, M., “Naciones sin Estado: escenarios políticos diversos”, en BARAÑANO, M. (Dir.), *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, Madrid: CGPJ, 2002, pp.263 ss.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 4. ed. . Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HURTADO GONZALEZ L.: “Asistencia Social y Seguridad Social: sus fronteras actuales”. *Actualidad Laboral* núm., 25,1993.

IGLEIAS, Gema. *La titularidade de derechos fundamentales por la persona jurídica*. Valência: tirante lo blanch, 2004.

IGLESIAS VILA, Maria. Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional. In: UNIVERSIDAD DE ALICANTE. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, ES: 2000.

KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Interesse público*, Porto Alegre, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.

_____. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os [des]caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LAHR, C. *Manual de Filosofia*. 8 ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1968.

LANDA, J.P.:”La organización de la sanidad pública ante la jurisprudencia constitucional: una reflexión sobre este modelo de reparto competencial entre el Estado y comunidades autónomas y sobre su posible extensión a otros ámbitos de la protección social”, *Revista de Derecho Social* nº 6, 1999, pp. 131-133.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985. 202 p.

LAZZARATO, Mauricio. Trabalho e capital na produção dos conhecimentos: uma leitura atavés da bora de Gabriel tarde. In: COCCO, Giuseppe; SILVA, Gerado; GALVÃO, A. Patez (orgs.). *Capitalismo cognitivo – trabalho, redes e inovação*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003. pp. 61-82.

LEFEBVRE, Henri. *A reprodução das relações sociais de produção*. Porto: Publicações Escorpião, 1973.

LETTIERI, A., “Jonas o della crisi dei sistema pensionistici”. In: GIOVANNINI, G. (Dir.), *Il futuro delle pensioni. Demografia, sostenibilità, ideologia.*, Roma: Hediese, 2002.

LOPEZ GANDIA, J., “La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones”, *Revista de Derecho Social* nº 25, 2004, pp. 31 ss.

MACHADO VASCONCELOS, Elaine. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília: Síntese, Ano 71 – nº 2 – maio a agosto, 2005, p. 94-107.

MACHADO, UIRÁ. Para especialista, proposta de revisão constitucional é golpe. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A-14, 15 ago. 2005.

MALTA VIEIRA, Tatiana. *O direito à privacidade na sociedade da informação*. Porto Alegre: Fabris, 2007.

MAQUIAVEL, N. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. 4 ed. - Brasília: UNB, 2000

MÁRQUEZ, A., *Seguridad Social y protección social: un enfoque conceptual*, Málaga: Serv. Publicaciones Universidad de Málaga, 2002.

MARTINS VALVERDE, Antonio et al. *Derecho del Trabajo*. Madrid: tecnos, 2003.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia Alemã*. 2. ed. São Paulo: Ed. Ciências Humanas, 1979.

MERCADER, Jesús R. Uguina (org). *El contenido económico de la negociación colectiva*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005

_____. *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Valladolid: Lex Nova, 2002

MERCADER, Jesús R. Uguina. Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías : ¿hacia una empresa panóptica? *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Vol. 1, 2001, pp. 665-686

TARUFFO, Michele *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 435.

MONEREO, J.L y MOLINA, C., *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*. Granada: Comares, 1999.

MONEREO, J.L., “El derecho a la seguridad social”. In: MONEREO, J.L., MOLINA, C., MORENO. M^a N. (Dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada: Comares, 2002.

_____. *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid: Tecnos, 1996.

_____. (org.). *Derechos de Huelga y Conflictos Colectivos* – Granada: Editorial Colmares, 2002

_____. *Concertación y Diálogo Social* – Valladolid: Editorial Lex Nova, 1999

_____. *Soberanía y Orden Internacional en Carl Schmitt* – estudio preliminar a SCHMITT, Carl *El Nomos de la Tierra – en el Derecho de Gentes del «Ius Publicum europaeum»* trad. castel. Dora Schilling Thou – Granada: Editorial Comares, 2002

MONEREO, José Luis Pérez; ÁLVAREZ, A. Monteiro. *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial* Granada: Editorial Comares, 2002

MONEREO, José Luis Pérez; MOLINA, Cristóbal Molina. *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas – una propuesta de reforma* Granada: Editorial Comares, 2002

MONEREO, José Luis Pérez; MORENO VIDA, María Nieves. *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la Constitución flexible del Trabajo* Valencia: Tirant lo Blanch, 2005

MONTEIRO BARROS, Alice. *Proteção à Intimidade do Empregado*. São Paulo: LTr, 1997.

MONTEIRO FERNANDES, Antonio. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: Emenda Constitucional n. 19/98*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRANETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*:
250

novas reflexões sobre os limites e controle da discricionarietà. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MORIN, Edgar. *O Método – 1. A natureza da natureza*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2002.

NALINI, José Renato (Coord.) *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: RT, 1994.

NANCY, Jean-Luc. Dobra deleuzeana do pensamento: 111-118. In: ALLIEZ, E. *Gilles Deleuze: uma vida filosófica* - Rio de Janeiro: Editora 34, 2000.

NEGRI, Antonio. *Arte y multitud. Ocho cartas* Madrid: Editorial Trotta, 2000.

_____. *Fin del invierno*. Buenos Aires: La Isla de la Luna, 2004.

_____. *Job: la fuerza del esclavo*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 2003.

_____. *La Forma-estado*. Madrid: Ediciones Akal, (1977) 2003.

_____. *O poder constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

_____. *Spinoza Subversivo – Variaciones (in)actuales*. Madrid: Ediciones Akal, 2000.

NEGRI, Antonio; GUATTARI, Felix. *Las verdades nómadas & ‘general intellect’, poder constituyente, comunismo*. Madrid: Ediciones Akal, (1989) 1999.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Guías – cinco lecciones en torno a imperio*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2004.

_____. *El trabajo de dionísos* – Madrid: Ediciones Akal, 2003.

_____. *Imperio* - trad. português Berilo Vargas – 6. ed – Rio de Janeiro: Record, 2004.

_____. *Multitud - Guerra y democracia en la era del imperio* – trad. esp. Juan Antonio Bravo – Barcelona: Randon House Mondadori, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Panorama social de América Latina 2004*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Cap. I, p. 5. Disponível em: <<http://www.cepal.org>>. Acesso em: 20 jul. 2005.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos et al. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial universitaria Ramon Areces, 2006.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993.

PAVAN, Dorival Renato. O princípio da efetividade e as modificações na execução por título extrajudicial: Lei 11.382/2006, *RePro* n. 155/154-194, jan/2008.

PECES-BARBA, Gregório. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid: Eudema, 1988.

_____. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984.173 p.

PEGORARO, Olinto A. *Ética é justiça*. Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *A dignidade do homem*. Edições GRD, 1988.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. VIII, 1971.

PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate, 1990.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad e los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

REVISTA do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul. Campo Grande: n. 01, 2007, p. 151-204.

REVISTA Internacional de Direitos Humanos. Rede Universitária de Direitos Humanos – SUR. Ano 3, Número 4. 2006. p. 91. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index4.php>>. Acesso em novembro de 2007.

RODRIGUEZ, E., “El contenido constitucional de la dependencia”. *Revista de Derecho Social*, n° 36, 2006, pp. 106 ss.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional. *Revista Relaciones Laborales*, Madrid: Número 22, Año 14, nov./2003.

ROMANO MARTINEZ, Pedro. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2006.

- RON LATAS, Ricardo Pedro. *Los Sindicatos Horizontales* – Granada: Editorial Comares, 2003
- SACRISTÁN, Isidoro Alvarez. *La Justicia y su efiácia*. Madrid: Editorial Colex, 1999.
- SÁEZ LARA, Carmen. *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*. Madrid: Civitas, 2004.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *El control de las administraciones públicas y sus problemas*. Madrid: Instituto de España/Espasa Calpe, 1991.
- SANTOS FERNANDEZ, M^a Dolores. *El contrato de trabajo como limite al poder del empresario*. Albacete (Espanha): Editorial Bomarzo, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. *Interesse público*, Porto Alegre, n.17, p. 56-74, jan./fev. 2003.
- SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.
- SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra – en el Derecho de Gentes del «Ius Publicum europaeum»*. Granada: Editorial Colmares, 2002
- SICHES, Luís Recaséns. *Tratado general de filosofia del derecho*. 9. ed. México: Porrúa, 1986.
- SILVA, Alexandre Vitorino. *Direitos à prestações positivas e igualdade*. São Paulo: LTr, 2007.
- SILVA, Alexandro da et. Al. (Coord). *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SIMÓN, SANDRA LIA. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O monitoramento de e-mail no local de trabalho. *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, Buenos Aires: Editorial Bomarzo, v. 1, 2006.

SPINOZA, Benedicti de. *Ética demostrada según el orden geométrico*. Madrid: Alianza Editorial, 1987, 1998.

SPINOZA, Benedicti de. *Tratado Político*. Madrid: Alianza Editorial, 1986, 2004.

STEINMETX, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUÁREZ CORUJO, B., *La protección social en el Estado de las autonomías*, Madrid: Iustel, 2006.

SUCHODOLSKI, Bogdan. *Teoria Marxista da educação*. Lisboa: Editorial Estampa, 1976.

TÁCITO, Caio. *O desvio de poder nos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 320.

TARDE, Gabriel. *A opinião e as massas*. São Paulo: Martins Fontes, 1992

TARUFFO, Michele. Lê prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Giuffrè. Ano L., n. 1, março de 1996.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La Eficacia de Los Derechos Fundamentales Frente a Particulares – Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1997.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *Ideologías Pluralistas y Relaciones Laborales*, en *Relaciones Laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid: MTAS, 1996(c) pp. 431-480

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *La reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva*, en *Relaciones Laborales, negociación colectiva y pluralismo social* - Madrid: MTAS, 1996 (b), pp. 431-480

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *Límites al derecho de huelga: apuntes críticos* en Cuadernos de Derecho del trabajo nº 3, 1977, pp. 13-51

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *Relaciones Laborales, Negociación Colectiva y Pluralismo Social* – Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996

VALDÉS, F.; VIDA, J.; SALA, F.; MATIA, J.T. *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos* Madrid: Civitas, 1982

VIDA SORIA, J., “Asistencia social en el sistema de la Seguridad Social española”, *Revista de Trabajo* nº 21, 1968, pp. 23 ss.

VIRNO, Paolo . *A grammar of the multitude – for an analysis of contemporary forms of life* - trad. inglés Isabella Bertolotti, James Cascaito y Andrea Casson - New York – Los Angeles: Semiotext(e), 2004 (en lengua castellana: *Gramática de la multitud – trad. castel. Adriana Gómez – Madrid: Traficante de sueños, 2003*)

VV, AA. *El Estado social*, Madrid: C.E.C., 1986.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003.

WATTS, R.L., *Sistemas federales comparados*, Madrid: Marcial Pons, 2006.

WEATLEY, Jonathan. Crescimento pode causar novo apagão no Brasil. Trad. Danilo Fonseca. *Financial Times*. 15.10.2004. Disponível em <<http://www.uol.com.br>>. Acesso: 25.10.2004.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva* – Vol. 1 – 4 ed. – trad. português Regis Barbosa y Karen Elsabe Barbosa; rev. Técnica Gabriel Cohn – Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2004.



TRIUNFAL
GRÁFICA & EDITORA

Diagramação, Impressão e Acabamento

Triunfal Gráfica e Editora

Rua José Vieira da Cunha e Silva, 920/930/940 - Assis/SP
CEP 19800-141 - Fone: (18) 3322-5775 - Fone/Fax: (18) 3324-3614
CNPJ 03.002.566/0001-40