

**TADEU HENRIQUE LOPES DA CUNHA**

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS  
POR MEIO DA ATUAÇÃO PREVENTIVA: A  
EXIGÊNCIA DE LICENCIAMENTO SOCIAL  
PARA A INSTALAÇÃO DE INDÚSTRIAS**

**v. 1**

**Tese de Doutorado**

**Orientador: Professor Associado Doutor Jorge Luiz Souto Maior**

**Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

**São Paulo – 2.013**

**TADEU HENRIQUE LOPES DA CUNHA**

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS  
POR MEIO DA ATUAÇÃO PREVENTIVA: A  
EXIGÊNCIA DE LICENCIAMENTO SOCIAL  
PARA A INSTALAÇÃO DE INDÚSTRIAS**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo para obtenção  
do título de Doutor em Direito

Área de Concentração: Direito do Trabalho

Orientador: Professor Associado Doutor  
Jorge Luiz Souto Maior

**SÃO PAULO**

**2.013**

C98e Cunha, Tadeu Henrique Lopes da  
A efetivação dos direitos sociais por meio da atuação preventiva: a exigência de licenciamento social para a instalação de indústrias / Tadeu Henrique Lopes da Cunha. - - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2013.  
782 f. : 2 v.  
Orientador: Professor Associado Jorge Luiz Souto Maior.  
Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

1. Direitos Sociais. 2. Direito Ambiental. 3. Direito do Trabalho – Tese. I. Souto Maior, Jorge Luiz. II. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 342.734(043)

Nome: CUNHA, Tadeu Henrique Lopes da

Título: A efetivação dos direitos sociais por meio da atuação preventiva: a exigência de licenciamento social para a instalação de indústrias

Tese apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo para obtenção do  
título de Doutor em Direito

Área de Concentração: Direito do Trabalho.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha esposa Vanessa, com amor, admiração e gratidão por sua compreensão, carinho, presença e incansável apoio ao longo do período de elaboração deste trabalho. A ela e ao meu filho Enrico eu dedico este trabalho.

Além disso, gostaria de manifestar meu agradecimento à minha família, que propiciou minha formação moral e intelectual, fundamentais para chegar até aqui. E também à minha irmã Fabiana, pelas indicações bibliográficas que contribuíram para enriquecer a parte histórica do capítulo segundo desta tese.

Agradeço, igualmente, ao Ministério Público do Trabalho (MPT), chefiado pelo Procurador-Geral do Trabalho, Dr. Luís Antônio Camargo de Melo, pela concessão da licença de quatro meses, imprescindível para a elaboração do trabalho. Gostaria de relevar aqui o brilhante voto da Eminente Relatora do processo de licença no Conselho Superior do MPT, Subprocuradora-geral do Trabalho Dra. Maria Guiomar Sanches de Mendonça, além da revisão empreendida pelo Subprocurador-geral do Trabalho, Dr. Ronaldo Curado Fleury, culminando na concessão da licença com votação unânime.

Ainda no âmbito do MPT gostaria de manifestar minha gratidão pelas seguintes pessoas: Ailton Vieira dos Santos (Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 14ª Região) e Aloisio Spadeto (Analista de Informática da PRT da 14ª Região) pelo auxílio fornecido em relação à obra da Usina Hidrelétrica de Jirau (UHE JIRAU); Larissa Serrat de Oliveira Cremonini (Procuradora do Trabalho então oficiante na PTM de Três Lagoas) e Luziana Tenorio Freitas Melro de Albuquerque (Analista Processual da PTM de Três Lagoas) pelo auxílio no que concerne à obra da FIBRIA; e Rafael Ferreira de Almeida (Assessor de Comunicação da PRT da 15ª Região) pelas dicas relativas à obra da HYUNDAI. Sem o auxílio destas pessoas não teria sido possível a elaboração do capítulo quarto deste trabalho e, por via de consequência, restaria impossibilitada a conclusão desta tese nos moldes propostos.

Academicamente, gostaria de agradecer ao Professor Associado Doutor Paulo Eduardo Vieira de Oliveira e ao Professor Doutor Homero Batista Mateus da Silva pelas oportunas e enriquecedoras sugestões ofertadas por ocasião do exame de qualificação da presente tese, do qual fizeram parte da banca examinadora.

Em especial, agradeço ao Professor Associado Doutor Jorge Luiz Souto Maior pelas valiosas orientações, dedicação e presença, sem as quais não teria sido possível a elaboração deste trabalho.

## RESUMO

CUNHA, Tadeu Henrique Lopes da. **A efetivação dos direitos sociais por meio da atuação preventiva**: a exigência de licenciamento social para a instalação de indústrias. 2013. 785 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Este estudo tem por objeto a efetivação dos direitos sociais por meio da atuação preventiva do Poder Público. Os direitos sociais fazem parte dos direitos fundamentais, posições jurídicas de suma relevância no ordenamento jurídico, objetivando à concretização da dignidade humana. Os direitos sociais são direitos fundamentais referentes à concretização da justiça social por meio da transformação das estruturas sociais e, por isso, sua não observância ou violação representa sério desrespeito aos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito. Atualmente, os mecanismos jurídicos existentes, de forma geral, priorizam a atuação repressiva do Estado. Logo, a atuação em defesa dos direitos sociais (deveres de proteção do Estado), normalmente, acontece posteriormente à não observância ou violação do direito. O presente estudo, então, propõe a atuação preventiva do Poder Público para a efetivação de direitos sociais, considerando-se que esta forma de atuação pode ser uma forma de concretização de direitos fundamentais, pois visa a evitar o desrespeito a tais direitos, sendo, por via oblíqua, uma forma de sua efetivação. Nesse sentido, defende-se a utilização de instrumentos jurídicos de caráter preventivo existentes no âmbito do Direito Ambiental para a tutela de direitos sociais, mais especificamente, do licenciamento ambiental, que, no caso seria chamado de licenciamento social para os casos de instalação de indústrias.

Palavras-chave: Direitos sociais; atuação preventiva do Poder Público; direitos fundamentais; efetivação; dignidade humana; Direito do Trabalho; Direito Ambiental; licenciamento ambiental; licenciamento social.

## ABSTRACT

CUNHA, Tadeu Henrique Lopes da. **The fulfillment of social rights through preventive action**: the requirement of social licensing for cases of installation of industries. 2013. 785 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

The aim of this study is the fulfillment of social rights through preventive action of the Government. Social rights are part of fundamental rights, legal positions of utmost relevance in the legal system, aiming the achievement of human dignity. Social rights are fundamental rights relating to the achievement of social justice through the transformation of social structures and, therefore, your non-compliance or violation represents serious disrespect to the founding principles of the Democratic State of Law. Currently, the existing legal mechanisms, in general, prioritize the repressive actions of the state. Therefore, the acting in defense of social rights (state duties of protection) usually happens after the non-compliance or violation of right. Then, this study proposes the preventive action of the Government for the realization of social rights, considering that this mode of working can be an achievement of fundamental rights, because it aims to prevent disrespect of such rights, and, aslant, a form of its implementation. In this sense, advocates the use of legal instruments of preventive character existing under Environmental Law for the protection of social rights, more specifically, the environmental licensing, which in this case would be called social licensing for cases of installation of industries.

Keywords: Social rights; preventive action of the Government; fundamental rights; fulfillment; human dignity; Labor Law; Environmental Law; environmental licensing; social licensing.

## RÉSUMÉ

CUNHA, Tadeu Henrique Lopes da. **La realization des droits sociaux par l'action preventive**: l'exigence de licence sociale pour les cas d'installation d'industries. 2013. 785 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Cette étude vise à la réalisation des droits sociaux par une action préventive du gouvernement. Les droits sociaux font partie des droits fondamentaux, les positions juridiques de la plus haute importance dans le système juridique, ayant comme but atteindre la dignité humaine. Les droits sociaux sont des droits fondamentaux relatifs à la réalisation de la justice sociale à travers de la transformation des structures sociales et, par conséquent, leur non-respect ou leur violation représente grave transgression aux principes fondateurs de l'Etat Démocratique et de Droit. Actuellement, les mécanismes juridiques existants, en général, privilégient les actions répressives de l'Etat. Ainsi, les actions en défense des droits sociaux (devoirs de protection de l'État) se produisent généralement après le non-respect ou violation de le droit. Donc, cette étude propose l'action préventive du gouvernement pour la réalisation des droits sociaux, étant donné que cette façon de agir peut être un mode de concrétisation des droits fondamentaux, car il vise à prévenir toute infraction à ces droits, et, en biais, une forme de les devenir efficaces. Ainsi, préconise l'utilisation d'instruments juridiques préventives existant en droit de l'environnement pour la protection des droits sociaux, plus particulièrement, de licence de l'environnement, qui dans le cas seraient appelés licence sociale pour les cas d'installation d'industries.

Mots-clés: Droits sociaux; l'action préventive du gouvernement; les droits fondamentaux; réalisation; la dignité humaine; Droit du Travail; Droit de l'Environnement; licence de l'environnement; licence sociale.

## RIASSUNTO

CUNHA, Tadeu Henrique Lopes da. **La realizzazione dei diritti sociali attraverso l'azione preventiva**: l'obbligo di licenza sociale per i casi d'installazione d'industrie. 2013. 785 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Questo studio ha per oggetto la realizzazione dei diritti sociali attraverso l'azione preventiva del Governo. I diritti sociali sono parte dei diritti fondamentali, posizioni giuridiche di massima rilevanza nel sistema giuridico, mirando realizzare la dignità umana. I diritti sociali sono diritti fondamentali relativi alla realizzazione della giustizia sociale attraverso la trasformazione delle strutture sociali e, di conseguenza, la sua mancata osservanza o violazione è grave trasgressione dei principi fondanti dello Stato Democratico di Diritto. Attualmente, i meccanismi giuridici esistenti, in generale, privilegiano le azioni repressive dello Stato. Così, l'azione in difesa dei diritti sociali (doveri di protezione dello Stato) di solito accade dopo la non conformità o violazione del diritto. Quindi, questo studio propone l'azione preventiva del Governo per la realizzazione dei diritti sociali, tenendo conto che questo modo di attuare può essere una forma di diventare efficienti gli diritti fondamentali, perché ha l'obiettivo d'impedire la sua violazione, essendo, di modo obliquo, una forma di sua realizzazione. In questo senso, sostiene l'uso di strumenti giuridici di prevenzione previsti dalla normativa ambientale per la tutela dei diritti sociali, più in particolare, la licenza ambientale, che nel caso sarebbe stato chiamato licenza sociale per i casi di installazione di industrie.

Parole chiave: Diritti sociali; l'azione preventiva del governo; i diritti fondamentali; realizzazione; la dignità umana; Diritto del Lavoro; Diritto Ambientale; licenza ambientale; licenza sociale.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>20</b>
<b>2</b>	<b>PRINCÍPIOS, INTERPRETAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>23</b>
2.1	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	23
2.2	PRINCÍPIOS .....	29
2.2.1	A Constituição como sistema aberto de princípios e regras .....	29
2.2.2	Análise comparativa entre princípios e regras .....	30
2.2.3	Classificação dos princípios e das regras .....	35
2.2.4	Aplicabilidade das normas constitucionais: primeiras impressões .....	38
2.2.5	Densidade das normas constitucionais .....	40
2.3	INTERPRETAÇÃO .....	40
2.3.1	Considerações gerais .....	40
2.3.2	Métodos de interpretação .....	43
2.3.3	A Nova Hermenêutica .....	44
2.3.4	Princípios de interpretação da constituição .....	47
2.4	DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	49
2.4.1	Terminologia: direitos fundamentais e direitos humanos .....	49
2.4.2	Breve evolução histórica .....	52
2.4.3	Dimensões dos direitos fundamentais .....	54
2.4.4	Direitos fundamentais e a Constituição Federal de 1988 .....	59
2.4.5	As perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais .....	70
2.4.6	Funções dos direitos fundamentais .....	74
2.4.7	Titulares dos direitos fundamentais .....	79
2.4.8	A questão da eficácia dos direitos fundamentais: terminologias e concepções de eficácia .....	81
2.4.9	Aplicabilidade imediata e plena eficácia das normas de direitos fundamentais .....	83
2.4.10	A vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais .....	97
2.4.11	Os limites dos direitos fundamentais .....	101
2.4.12	Os limites aos limites dos direitos fundamentais .....	104
2.4.13	Direitos fundamentais e reforma da Constituição .....	106
2.4.14	Direitos fundamentais e proibição do retrocesso .....	109
<b>3</b>	<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS SOCIAIS E DIREITO DO TRABALHO</b> .....	<b>111</b>
3.1	INTRODUÇÃO .....	111

3.2	A ORIGEM DOS DIREITOS SOCIAIS E O PAPEL DO ESTADO .....	111
3.2.1	Os direitos sociais, o Estado e a questão social .....	111
3.2.2	Reação dos trabalhadores: o Luddismo .....	117
3.2.3	A luta pela liberdade de associação .....	118
3.2.3.1	A luta pela liberdade de associação no Reino Unido .....	118
3.2.3.2	A luta pela liberdade de associação na França .....	122
3.2.4	Lutas sociais e o Cartismo .....	124
3.2.5	Primavera dos Povos (Revoluções de 1848) .....	129
3.2.6	A Era do Capital .....	137
3.2.7	A Era dos Impérios .....	142
3.2.7.1	A Revolução Russa de 1905 .....	148
3.2.8	Leis trabalhistas no século XIX .....	150
3.2.8.1	Inglaterra .....	150
3.2.8.2	França .....	151
3.2.8.3	Alemanha .....	152
3.2.8.4	Outros países .....	153
3.2.9	Encíclica <i>Rerum Novarum</i> .....	153
3.2.10	A Era dos Extremos .....	154
3.2.10.1	A Revolução Russa de 1917 .....	154
3.2.10.2	A República de Weimar .....	157
3.2.10.3	Organização Internacional do Trabalho .....	163
3.2.10.4	Constitucionalismo social .....	164
3.2.10.5	Totalitarismo e a Segunda Guerra Mundial .....	166
3.2.10.6	Fim da Segunda Guerra Mundial e Guerra Fria .....	169
3.2.10.7	Criação da ONU e o avanço dos direitos humanos .....	170
3.2.11	Brasil .....	172
3.2.11.1	Império .....	172
3.2.11.1.1	Leis do Império .....	173
3.2.11.2	Primeira República .....	175
3.2.11.2.1	Leis da Primeira República .....	177
3.2.11.3	A Era Vargas .....	183
3.2.11.3.1	Governo Provisório .....	183
3.2.11.3.2	Governo Constitucionalista (1934-1937) .....	184
3.2.11.3.3	Estado Novo .....	185
3.2.11.3.4	Economia .....	186
3.2.11.3.5	Leis da Era Vargas .....	188
3.2.11.3.6	A ideologia do trabalhismo .....	191
3.2.11.4	Segunda República .....	195

3.2.11.4.1	1946-1964 .....	195
3.2.11.4.2	Economia .....	197
3.2.11.4.3	Leis sociais .....	200
3.2.11.5	Regime militar .....	201
3.2.11.5.1	1964-1985 .....	201
3.2.11.5.2	Economia .....	207
3.2.11.5.3	Leis sociais e o movimento sindical .....	210
3.2.11.6	Leis sociais da Nova República .....	215
3.3	<i>FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS</i> .....	216
3.4	DIREITOS SOCIAIS, “MÍNIMO EXISTENCIAL” E “RESERVA DO POSSÍVEL” .....	219
3.5	EFICÁCIA E <i>JUSTICIABILIDADE</i> DOS DIREITOS SOCIAIS .....	226
3.5.1	Eficácia dos direitos sociais .....	226
3.5.2	<i>Justiciabilidade</i> dos direitos sociais .....	232
3.5.2.1	Críticas comuns .....	233
3.5.2.1.1	Críticas <i>principiológicas</i> .....	233
3.5.2.1.1.1	Críticas liberais .....	233
3.5.2.1.1.2	Críticas democráticas .....	234
3.5.2.1.2	Críticas institucionais .....	236
3.5.2.1.2.1	Crítica financeira .....	236
3.5.2.1.2.2	Crítica administrativa .....	244
3.5.2.1.2.3	Crítica técnica .....	244
3.5.2.1.2.4	Crítica econômica .....	246
3.5.2.1.2.5	Crítica relativa à desigualdade de acesso à justiça .....	247
3.5.2.2	Parâmetros para a concretização judicial dos direitos sociais .....	248
3.5.2.2.1	Parâmetros materiais .....	248
3.5.2.2.1.1	Limitação da legitimidade da atuação judicial à esfera da <i>fundamentalidade</i> material .....	249
3.5.2.2.1.2	Limitação da legitimidade da atuação judicial aos casos de hipossuficiência .....	249
3.5.2.2.1.3	Parâmetro relativo à possibilidade de universalização da medida .....	250
3.5.2.2.1.4	Sistema uno .....	252
3.5.2.2.1.5	Opção técnica .....	252
3.5.2.2.1.6	Opção mais econômica .....	252
3.5.2.2.1.7	Variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em políticas sociais .....	253
3.5.2.2.2	Parâmetros processuais .....	253
3.5.2.2.2.1	Prioridade para as ações coletivas .....	253
3.5.2.2.2.2	Demandas individuais em casos específicos .....	254

3.5.2.2.2.3	Atribuição do ônus da prova da carência de recursos à Administração .....	255
3.5.2.2.2.4	Ampliação do diálogo institucional .....	255
3.6	<b>DIREITO DO TRABALHO, DIREITO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>255</b>
<b>4</b>	<b>ATUAÇÃO PREVENTIVA EM DEFESA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>265</b>
4.1	INTRODUÇÃO .....	265
4.2	DIREITO AMBIENTAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	265
4.3	DIREITO AMBIENTAL E DIREITO DO TRABALHO .....	273
4.4	PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL .....	291
4.5	DIREITO À PROTEÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA E ATUAÇÃO PREVENTIVA .....	313
<b>5</b>	<b>IMPACTOS SOCIAIS CAUSADOS PELA INSTALAÇÃO DE INDÚSTRIAS .....</b>	<b>331</b>
5.1	INTRODUÇÃO E METODOLOGIA .....	331
5.2	PRIMEIRO EMPREENDIMENTO ANALISADO: INDÚSTRIA DO GRUPO HYUNDAI EM PIRACICABA/SP .....	333
5.2.1	Considerações gerais .....	333
5.2.2	Dados da empresa .....	334
5.2.3	Ações individuais .....	336
5.2.4	Atuação coletiva do Ministério Público do Trabalho (MPT) .....	338
5.2.4.1	Análise do Inquérito Civil (IC) n. 001444.2011.15.000/0-07 .....	338
5.2.4.2	Análise do Inquérito Civil (IC) n. 000952.2012.15.000/0-07 .....	365
5.2.4.3	Análise do Procedimento Promocional (PROMO) n. 001505.2010.15.000/6-08 e dos Procedimentos de nºs 001604.2012.15.000/1 e 002230.2011.15.000/6 .....	368
5.2.5	Conclusões .....	368
5.3	SEGUNDO EMPREENDIMENTO ANALISADO: INDÚSTRIA DA FIBRIA EM TRÊS LAGOAS/MS .....	375
5.3.1	Considerações gerais .....	375
5.3.2	Dados da empresa .....	376
5.3.3	Atuação coletiva do Ministério Público do Trabalho (MPT) .....	379
5.3.3.1	VOTORANTIM CELULOSE E PAPEL – VCP – MS (ATUAL FIBRIA – MS) .	379
5.3.3.1.1	Representação (REP) n. 13/2008 .....	379
5.3.3.1.2	Inquérito Civil (IC) n. 62/2008 .....	386
5.3.3.1.3	Outros procedimentos .....	390
5.3.3.2	CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S.A. ....	390
5.3.3.2.1	Ação Civil Pública (ACP) n. 03/2008 .....	390

5.3.3.2.2	Ação Civil Pública (ACP) n. 12/2008 .....	392
5.3.3.2.3	Ação Civil Pública (ACP) n. 13/2008 .....	395
5.3.3.2.4	Inquérito Civil (IC) n. 84/2008 .....	396
5.3.3.3	Demais empresas prestadoras de serviços .....	397
5.3.3.3.1	AGB CONSTRUÇÃO CIVIL & MONTAGEM INDUSTRIAL LTDA. ....	397
5.3.3.3.2	CONSTRUCAP CCPS ENGENHARIA E COMÉRCIO S.A. ....	398
5.3.3.3.3	CONSTRUTORA CAMARGO SANTOS LTDA. ....	399
5.3.3.3.4	CONSTRUTORA PETINELLI LTDA. ....	401
5.3.3.3.5	EBRAMONTE – EMPRESA BRASILEIRA DE MONTAGENS .....	401
5.3.3.3.6	FONTOURA CONSTRUÇÕES LTDA. ....	402
5.3.3.3.7	IRMÃOS PASSAÚRA & CIA LTDA. ....	403
5.3.3.3.8	JHV CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO.....	405
5.3.3.3.9	LOUZADA E MAGALHÃES LTDA. ....	406
5.3.3.3.9.1	Inquérito Civil (IC) n. 47/2008 .....	406
5.3.3.3.9.2	Procedimento Preparatório (PP) n. 59/2008 .....	407
5.3.3.3.10	MARZA ENGENHARIA ELÉTRICA .....	409
5.3.3.3.11	MCA MONTAGENS E COBERTURAS .....	411
5.3.3.3.12	MONTCALM MONTAGENS INDUSTRIAIS S.A. ....	412
5.3.3.3.13	POWER TECH ELÉTRICA INSTRUMENTAÇÃO E AUTOMAÇÃO .....	413
5.3.3.3.14	PREFACC LTDA. ....	414
5.3.3.3.15	PREMIX .....	416
5.3.3.3.16	SANCHES E GOMES LTDA. ....	417
5.3.3.3.17	SERPAL ENGENHARIA CONSTRUTORA LTDA. ....	417
5.3.3.3.18	SERTENGE LTDA. ....	418
5.3.3.3.19	TUCUMANN ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA. ....	419
5.3.3.3.20	WALMIR JOSÉ GASPAR PINTO – ME .....	420
5.3.4	Conclusões .....	421
5.4	<b>TERCEIRO EMPREENDIMENTO ANALISADO: USINA HIDRELÉTRICA DE JIRAU NO RIO MADEIRA NO ESTADO DE RONDÔNIA .....</b>	<b>425</b>
5.4.1	Considerações gerais .....	425
5.4.2	Dados do empreendimento .....	426
5.4.3	Atuação coletiva do Ministério Público do Trabalho (MPT) .....	427
5.4.3.1	<b>ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL S.A. e CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S.A. ....</b>	<b>427</b>
5.4.3.1.1	Inquérito Civil (IC) n. 000226.2011.14.000/2-04 .....	427
5.4.3.1.2	Processos Judiciais .....	429
5.4.3.1.2.1.	Procedimento de Acompanhamento Judicial (PAJ) n. 000136.2009.14.000/0-03 .	429

5.4.3.1.2.2	Procedimento de Acompanhamento Judicial (PAJ) n. 000066.2011.14.000/4-04 .	433
5.4.3.1.2.3	Procedimento de Acompanhamento Judicial (PAJ) n. 000203.2011.14.000/9-04 .	443
5.4.3.1.2.4	Procedimento de Acompanhamento Judicial (PAJ) n. 000010.2012.14.000/3-06, Procedimento de Acompanhamento Judicial (PAJ) n. 000565.2011.14.000/0-06 e outros processos relacionados .....	448
5.4.3.1.2.5	Procedimento de Acompanhamento Judicial (PAJ) n. 000289.2012.14.000/8-03 .	458
5.4.3.1.2.6	Procedimento de Acompanhamento Judicial (PAJ) n. 000195.2011.14.000/9-04 .	461
5.4.3.1.2.7	Procedimento de Acompanhamento Judicial (PAJ) n. 000204.2011.14.000/5-05 .	463
5.4.3.2	ENESA ENGENHARIA S.A. ....	465
5.4.3.2.1	Procedimento de Acompanhamento Judicial (PAJ) n. 000198.2011.14.000/8-03 .	465
5.4.3.2.2	Procedimento de Acompanhamento Judicial (PAJ) n. 000202.2011.14.000/2-04 .	468
5.4.3.2.3	Procedimento de Acompanhamento Judicial (PAJ) n. 000211.2011.14.000/3-02 .	471
5.4.3.3	SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO ESTADO DE RONDÔNIA (STICCERO) .....	473
5.4.3.4	Outros procedimentos e empresas .....	475
5.4.3.4.1	Inquérito Civil (IC) n. 000468.2009.14.000/9-03 .....	475
5.4.3.4.2	Inquérito Civil (IC) n. 000292.2010.14.000/5-04 .....	478
5.4.4	Conclusões .....	479
<b>6</b>	<b>A OBRIGATORIEDADE DA EXIGÊNCIA DE LICENCIAMENTO SOCIAL PARA A INSTALAÇÃO DE INDÚSTRIAS .....</b>	<b>486</b>
6.1	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	486
6.2	ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL .....	487
6.2.1	Introdução .....	487
6.2.2	Direito Internacional .....	490
6.2.2.1	Importância do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) .....	490
6.2.2.2	Estados Unidos .....	493
6.2.2.3	França .....	497
6.2.2.4	Japão .....	498
6.2.2.5	Canadá .....	499
6.2.2.6	Holanda .....	499
6.2.2.7	Uruguai .....	499
6.2.3	Exigência de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) em empreendimentos realizados com a utilização de recursos públicos federais .....	500
6.2.4	Histórico Legislativo do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) .....	501
6.2.5	Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e Instrumentos de Política Nacional do Meio Ambiente .....	504
6.2.6	Definição, objetivo do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e atividades em que ele é obrigatório .....	507

6.2.7	Natureza jurídica do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) .....	514
6.2.8	Conteúdo do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) .....	516
6.2.8.1	Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) .	516
6.2.8.2	Área de influência do projeto .....	518
6.2.8.3	Planos e programas governamentais .....	519
6.2.8.4	Alternativas .....	519
6.2.8.5	Descrição inicial do local .....	521
6.2.8.6	Identificação e avaliação dos impactos ambientais do projeto .....	523
6.2.8.7	Medidas a serem implantadas com o fulcro de corrigir os impactos ambientais desfavoráveis .....	523
6.2.8.8	Impactos desfavoráveis e previsão no orçamento .....	524
6.2.8.9	Medidas compensatórias .....	524
6.2.8.10	Medidas preventivas de riscos maiores e catástrofes .....	526
6.2.8.11	Distribuição dos ônus e benefícios sociais do projeto .....	526
6.2.8.12	Acesso equitativo aos recursos naturais .....	527
6.2.8.13	Análise jurídica do projeto .....	527
6.2.9	Proponente ou empreendedor .....	528
6.2.10	Consultores do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e a responsabilidade do empreendedor .....	528
6.2.11	Participação do público .....	532
6.2.11.1	Considerações gerais .....	532
6.2.11.2	Pedido do proponente do projeto e publicação em imprensa .....	533
6.2.11.3	Acesso ao Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e/ou Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) e sigilo .....	535
6.2.11.4	Fase de comentários .....	538
6.2.11.5	Audiência pública .....	539
6.2.11.5.1	Finalidade da audiência pública .....	539
6.2.11.5.2	Convocação da audiência pública .....	540
6.2.11.5.3	Edital de recebimento do EIA/RIMA .....	541
6.2.11.5.4	Designação da audiência pública – data e local .....	542
6.2.11.5.5	Direção e procedimento audiência pública .....	542
6.2.11.5.6	Ata da audiência pública e juntada de documentação .....	543
6.2.11.5.7	A decisão do órgão licenciador e a audiência pública .....	543
6.2.12	Órgão público ambiental e o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) .....	544
6.2.12.1	Relação do órgão público com o proponente do projeto .....	544
6.2.12.2	Relação do órgão público com os técnicos habilitados .....	544
6.2.12.3	Relação do órgão público com o público .....	545
6.2.12.4	Licença prévia e Estudo de Impacto Ambiental (EIA) .....	545

6.2.12.5	O órgão público ambiental e os outros órgãos públicos no procedimento do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) .....	545
6.2.12.6	A decisão do órgão público ambiental .....	546
6.2.12.7	Responsabilidade penal dos servidores públicos e Estudo de Impacto Ambiental (EIA) .....	546
6.2.12.8	Indispensabilidade do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e procedimentos preliminares .....	548
6.2.12.9	Dos prazos para os órgãos públicos ambientais .....	550
6.2.13	Monitoramento e programa de acompanhamento .....	551
6.2.14	As licitações e o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) .....	551
6.3	<b>LICENCIAMENTO AMBIENTAL</b> .....	553
6.3.1	Conceito, etapas e natureza jurídica do licenciamento ambiental .....	553
6.3.2	Licenciamento ambiental e competência constitucional .....	561
6.3.3	A instituição do licenciamento ambiental .....	564
6.3.4	O licenciamento ambiental e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA .....	565
6.3.4.1	Quadro do licenciamento obrigatório pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA .....	565
6.3.4.2	Licenciamento ambiental em caráter supletivo e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA .....	566
6.3.4.3	Licenciamento ambiental pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e interesse nacional e regional .....	567
6.3.5	Licenciamento ambiental estadual e legislação federal .....	568
6.3.6	Licenciamento ambiental e zoneamento ambiental .....	569
6.3.7	Licenciamento ambiental e padrões de qualidade .....	570
6.3.8	Licenciamento ambiental e normas de emissão .....	571
6.3.9	Licenciamento ambiental: prazo de validade, decadência, revogação e direito à indenização .....	572
6.3.10	Licenciamento ambiental e financiamento por instituições oficiais .....	574
6.3.11	Tipos de licenciamento ambiental .....	575
6.3.12	Licenciamento ambiental e controle da poluição. Tecnologia apropriada .....	577
6.3.13	Licenciamento ambiental e unidade do licenciamento .....	577
6.3.14	Licenciamento ambiental e direito adquirido .....	580
6.3.15	Licenciamento ambiental e crime .....	582
6.3.15.1	Responsabilidade penal da pessoa jurídica .....	582
6.3.15.2	Descumprimento das normas legais e regulamentares .....	584
6.3.15.3	Crimes contra a Administração Ambiental .....	590
6.4	<b>ESTUDO DE IMPACTO SOCIAL</b> .....	601

6.4.1	Considerações preliminares .....	601
6.4.2	Exigência ou não de lei para a criação dos institutos do Estudo de Impacto Social (EIS) e do Licenciamento Social (LS) .....	602
6.4.3	Exigência de Estudo de Impacto Social (EIS) em empreendimentos realizados com a utilização de recursos públicos federais .....	603
6.4.4	Definição, objetivo do Estudo de Impacto Social (EIS) e atividades em que ele deverá ser obrigatório .....	604
6.4.5	Natureza jurídica do Estudo de Impacto Social (EIS) .....	611
6.4.6	Conteúdo do Estudo de Impacto Social (EIS) .....	612
6.4.6.1	Estudo de Impacto Social (EIS) e Relatório de Impacto Social (RIS) .....	612
6.4.6.2	Área de influência do projeto .....	613
6.4.6.3	Descrições iniciais do local e da área de influência .....	613
6.4.6.4	Identificação e avaliação dos impactos sociais do projeto e medidas a serem implantadas .....	614
6.4.6.4.1	Terceirização e problemas decorrentes .....	614
6.4.6.4.2	Recrutamento de trabalhadores de outras regiões do país .....	623
6.4.6.4.3	Meio ambiente do trabalho .....	637
6.4.6.4.3.1	Considerações gerais .....	637
6.4.6.4.3.2	Normas Regulamentadoras .....	639
6.4.6.5	Medidas compensatórias .....	674
6.4.6.6	Análise do projeto .....	675
6.4.7	Proponente ou empreendedor .....	675
6.4.8	Consultores do Estudo de Impacto Social (EIS) e a responsabilidade do empreendedor .....	676
6.4.9	Participação do público .....	679
6.4.9.1	Considerações gerais .....	679
6.4.9.2	Pedido do proponente do projeto e publicação em imprensa .....	680
6.4.9.3	Acesso ao Estudo de Impacto Social (EIS) e/ou Relatório de Impacto Social (RIS) e sigilo .....	680
6.4.9.4	Fase de comentários .....	680
6.4.9.5	Audiência pública .....	681
6.4.9.5.1	Finalidade da audiência pública .....	681
6.4.9.5.2	Convocação da audiência pública .....	681
6.4.9.5.3	Direção e procedimento audiência pública .....	682
6.4.9.5.4	Ata da audiência pública e juntada de documentação .....	683
6.4.9.5.5	A decisão do órgão licenciador e a audiência pública .....	683
6.4.10	Órgão público social e o Estudo de Impacto Social (EIS) .....	683
6.4.10.1	Relação do órgão público com o proponente do projeto .....	683

6.4.10.2	Relação do órgão público com os técnicos habilitados .....	684
6.4.10.3	Licença prévia e Estudo de Impacto Social (EIS) .....	684
6.4.10.4	O órgão público social e os outros órgãos públicos no procedimento do Estudo de Impacto Social (EIS) .....	684
6.4.10.5	A decisão do órgão público social .....	685
6.4.10.6	Responsabilidade penal dos servidores públicos e Estudo de Impacto Social (EIS) .....	685
6.4.10.7	Indispensabilidade do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e procedimentos preliminares .....	686
6.4.10.8	Dos prazos para o órgão público social .....	686
6.4.11	Monitoramento e programa de acompanhamento .....	687
6.4.12	As licitações e o Estudo de Impacto Social (EIS) .....	687
6.5	<b>LICENCIAMENTO SOCIAL</b> .....	687
6.5.1	Considerações preliminares .....	687
6.5.2	Conceito, etapas e natureza jurídica do Licenciamento Social (LS) .....	688
6.5.3	Licenciamento Social (LS) e competência .....	692
6.5.4	A instituição do Licenciamento Social (LS) .....	694
6.5.5	Tipos de Licença Social .....	695
6.5.6	Licenciamento Social (LS): prazo de validade, decadência, revogação e direito à indenização .....	696
6.5.7	Licenciamento Social (LS) e financiamento por instituições oficiais .....	698
6.5.8	Licenciamento Social (LS), direito adquirido e indústrias em funcionamento .....	699
6.5.9	Licenciamento Social (LS) e crime .....	701
6.5.9.1	Considerações preliminares .....	701
6.5.9.2	Responsabilidade penal da pessoa jurídica .....	701
6.5.9.3	Descumprimento das normas legais e regulamentares .....	702
6.5.9.4	Crimes contra a Administração Social .....	704
6.5.10	Licenciamento Social (LS) e responsabilidades administrativa, civil e trabalhista .....	705
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>706</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>714</b>
	LIVROS, OBRAS COLETIVAS E PERIÓDICOS .....	714
	LEGISLAÇÃO .....	738
	JURISPRUDÊNCIA .....	769
	PORTAIS ELETRÔNICOS DE INSTITUIÇÕES PÚBLICAS, EMPRESAS E OUTROS .....	776

## 1. INTRODUÇÃO

Propõe-se com o presente estudo a elaboração de um trabalho voltado à efetivação dos direitos sociais por meio da atuação preventiva.

Conforme entendimento doutrinário, os direitos humanos (incluindo-se aqui os direitos sociais) já foram declarados, restando, então, efetivá-los. E a atuação preventiva pode ser uma forma de concretização de direitos fundamentais, pois visa a evitar o desrespeito a tais direitos, sendo, por via oblíqua, uma forma de sua efetivação.

De modo mais específico, tem-se como objetivo a propositura da obrigatoriedade de “Licenciamento Social” para a instalação de indústrias, de conformidade com os parâmetros que serão enfocados nesta tese.

Para atingir este desiderato o trabalho compõe-se de cinco capítulos.

O primeiro capítulo aborda aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. Para tanto, após uma breve análise acerca do Estado Democrático de Direito, o trabalho concentra-se na função estatal de atuar no sentido da melhoria das condições sociais, e também na tarefa do Direito de conformação das estruturas sociais.

Neste contexto, para colher elementos para a consecução de um substrato teórico foi empreendido um estudo sobre os princípios e a interpretação constitucional, visto que a Constituição é a norma de superior hierarquia dentro do ordenamento jurídico, compondo-se dos principais preceitos jurídicos concernentes aos direitos fundamentais. Assim sendo, para conhecer tais direitos é necessário, previamente, ter domínio científico sobre a interpretação e aplicação destes dispositivos.

A análise acerca dos princípios e da interpretação serve de base para o estudo dos direitos fundamentais em caráter geral. No âmbito dos direitos fundamentais, então, examinam-se diversos aspectos, tais como: dimensões; análise conjunta com a Constituição Federal; perspectivas subjetiva e objetiva; funções; titulares; aplicabilidade e eficácia; vinculação do Poder Público e dos particulares; limites e limites aos limites; reforma constitucional; e proibição do retrocesso.

Considerando-se que o presente trabalho refere-se aos direitos sociais, é deveras importante uma análise mais detalhada e pormenorizada de tais direitos, o que acabou sendo objeto do segundo capítulo da tese.

Deste modo, são estudados diversos pontos relativos ao tema dos direitos sociais: a

sua gênese e desenvolvimento; o aparecimento do “socialismo” e a reação capitalista com a concessão de direitos; a evolução destes direitos e sua inclusão nas Constituições dos países ocidentais; a história dos direitos sociais no Brasil; a Constituição Federal de 1988 contemplando extenso rol de direitos sociais dentro do contexto dos direitos fundamentais; a *fundamentalidade* dos direitos sociais; o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”; a sua eficácia e *justiciabilidade*.

Analisa-se, igualmente, o dever estatal de concretizar os direitos sociais, pelas mais diversas formas, judiciais e extrajudiciais.

Enfim, ainda no capítulo segundo é feita a abordagem do Direito do Trabalho como sendo ramo do Direito Social e, por via de consequência, como sendo direito fundamental e as consequências jurídicas disto.

Levando-se em conta a magnitude dos direitos sociais, o terceiro capítulo propõe a atuação preventiva no sentido de efetivá-los, mais especificamente, voltando-se à sua não violação.

Para tanto, busca-se inspiração no Direito Ambiental. Assim, primeiramente examina-se a relação do Direito Ambiental com os direitos fundamentais, em geral e com o Direito do Trabalho, em especial. Verifica-se a existência de eventual liame entre eles por meio da concepção de meio ambiente do trabalho como parte do meio ambiente em geral e efeitos jurídicos correlatos.

Ainda, neste capítulo procede-se ao estudo dos princípios do Direito Ambiental: direito ao meio ambiente equilibrado; direito à sadia qualidade de vida; acesso equitativo aos recursos naturais; usuário-pagador e poluidor-pagador; precaução; prevenção; reparação; informação; participação; e obrigatoriedade da intervenção do Poder Público.

Enfim, a abordagem de possível inter-relação entre o direito à proteção, o acesso à justiça e a atuação preventiva, considerando-se a proposta desta tese.

Os três primeiros capítulos apresentam um caráter fundamentalmente teórico, servindo de alicerce para os desdobramentos seguintes.

A fim de verificar na prática violações a direitos sociais em casos de instalações de indústrias e, por via de consequência, propor a exigência de Licenciamento Social para tais casos, procede-se, no capítulo quarto, a uma análise de três empreendimentos e seus impactos nos direitos sociais dos respectivos trabalhadores.

Neste contexto, então, foram pesquisados três grandes empreendimentos, localizados em três Estados diferentes, e com problemas comuns. Após a análise de

diversos inquéritos civis, ações civis públicas, e termos de ajuste de conduta, foram coletados dados que subsidiam algumas conclusões no que concerne aos impactos sociais causados por grandes empreendimentos, assim como a suficiência ou não dos mecanismos jurídicos atualmente existentes para assegurar a fruição de direitos sociais no momento oportuno.

Prosseguindo, o capítulo quinto contempla a proposta da tese, que é a de exigir o Licenciamento Social para a instalação de indústrias.

Deste modo, o último capítulo enfoca-se nos institutos do Direito Ambiental, sendo estudados, de forma pormenorizada, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Licenciamento Ambiental (LA).

Em sequência, propõe-se o que se denominou Estudo de Impacto Social (EIS), analisando-se se sua exigência deverá ou não decorrer de lei editada para este fim.

Ao final do derradeiro capítulo propõe-se o Licenciamento Social (LS), com alguns parâmetros que deverão ser seguidos, objetivando-se à efetivação de direitos sociais por meio da atuação preventiva do Poder Público.

## **2. PRINCÍPIOS, INTERPRETAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

1. Um trabalho acadêmico que verse sobre direitos sociais não pode prescindir de uma análise, ainda que breve (ou perfunctória), acerca do papel do Estado, ou, ainda, no que concerne às funções do Estado contemporâneo.

Deste modo, e não se procedendo a regressões muito longínquas, pode-se dizer que o Estado nacional moderno adveio como contraponto ao então vigente regime feudal, baseando-se no Absolutismo Monárquico.

Combatido pela burguesia, o Absolutismo ou Despotismo caiu por meio da Revolução Francesa. Instaurou-se, então, uma nova forma de governar, o Estado dito Liberal, com poderes limitados frente aos indivíduos.

O Liberalismo pregava um Estado atuante para garantir a liberdade do cidadão. O papel do Estado era residual, circunscrevendo-se à tutela das liberdades individuais. Não cabia a ele (Estado) intervir nas relações econômicas e sociais, a não ser que fosse para garantir o mencionado direito de liberdade.

Vigorava, à época, o entendimento de que a liberdade era direito fundamental intransponível. A igualdade se restringia ao aspecto formal (todos são iguais perante a lei). Contudo, a igualdade material não existia e nem tampouco era visada ou buscada, porquanto ao Estado (Liberal) não cabia intervir nas relações sociais e econômicas. Assim, como os indivíduos eram “livres” e “iguais” (formalmente), podiam contratar em quaisquer circunstâncias, mesmo que um deles fosse mais débil economicamente e aceitasse as condições mais iníquas possíveis.

A relação contratual em que se pôde constatar mais facilmente esta injustiça foi a relação de trabalho, em que a parte mais forte economicamente, o empregador, podia exigir jornadas de trabalho extenuantes com o pagamento de salários bastante reduzidos, porque os empregados, necessitando do salário para a sobrevivência, aceitavam o trabalho em tais condições. E o Estado não poderia regular tais relações, pois isso implicaria intervenção indevida nas relações econômicas.

O agravamento das condições inóspitas de trabalho, decorrentes da Revolução

Industrial, impulsionou a luta de classes, a união do proletariado e a criação dos sindicatos, e, então, a busca por melhorias nas relações trabalhistas.

A Revolução Russa, que representou a ascensão do socialismo (real), tornou mais acirrada a luta de classes, sendo que o temor pela expansão do regime socialista suscitou reação por parte do capitalismo, com as Constituições Sociais. Estas Cartas representaram o avanço em termos de direitos (ao menos formalmente) para as classes então olvidadas pelos Estados soberanos.

Ou seja, estas constituições passaram a assegurar direitos até então usufruídos por poucos privilegiados (a burguesia) que detinham os poderes econômico e político.

Pode-se dizer que o Direito do Trabalho surgiu exatamente a partir dessa intervenção do Estado na economia e nas relações de trabalho, fazendo incidir normas imperativas nos contratos de trabalho, mesmo contrárias às vontades manifestadas pelas partes, em benefício da parte hipossuficiente da relação: o trabalhador.

O Estado Social representa esse Estado intervencionista, que possui a função de promover a justiça social, reduzindo as desigualdades existentes no seio da sociedade. Ele atua não somente na questão trabalhista, mas também nos aspectos previdenciários e de outros direitos sociais, econômicos e culturais, como a educação, a saúde, a moradia, dentre outros.

Pode-se dizer que os direitos sociais surgiram, em sede constitucional, com a Carta Mexicana de 1917, mas os doutrinadores atribuem maior relevância à Constituição de Weimar, de 1919<sup>1</sup>.

Sem adentrar no mérito da discussão acerca da magnitude dos citados diplomas, o fato é que o número de Estados que adotaram constituições sociais aumentou substancialmente após a Segunda Grande Guerra como forma de frear a expansão do socialismo.

A previsão de direitos sociais freou a luta de classes, fomentando o chamado sindicalismo reformista (em contraposição ao sindicalismo revolucionário). Em troca de mais direitos trabalhistas e previdenciários, o sindicato abdicou da luta de classes,

---

<sup>1</sup> Para o debate envolvendo as duas Constituições, vide: PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Ainda, sobre a Constituição de Weimar, vide: BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004; RICHARD, Lionel. **A República de Weimar, 1919-1933** [La vie quotidienne au temps de la République de Weimar]. Tradução Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

configurando o que se chamou de “pacto social-democrata”<sup>2</sup>.

De qualquer sorte, o Estado Social já representou uma mudança de postura perante a desigualdade social imperante no seio da sociedade burguesa. A intervenção estatal convergente para a supressão das iniquidades sociais significou certo avanço em relação ao quadro então vigente.

Parte da doutrina entende, assim, que o Estado passou ter um quarto elemento<sup>3</sup>, qual seja, a finalidade<sup>4</sup>. O fim do Estado seria, destarte, e baseando-se na concepção de Estado Social, a consecução do bem comum do povo, que pode ser definido como a reunião de fatores que compõem a vida social e que confluem para a progressão da personalidade humana<sup>5</sup>.

2. O Estado, então, passa a ser o protagonista ou o ente fundamental para assegurar o direito à vida do cidadão, concretizando direitos sociais. Destarte, esse protagonismo exercido pelo Estado deve ser legítimo, residindo sua base na democracia<sup>6</sup>.

E o ente estatal atua nas relações sociais por meio do Direito. Com efeito, o direito deve ter um papel de transformação social. Assim, conforme GRAU, que ao assinalar as relações entre o direito posto (“direito positivo”) e o direito pressuposto (“síntese dos padrões culturais da sociedade”), assim como o vínculo existente entre o direito e a economia, assevera que

o que importa neste passo é a verificação de que o direito é, sempre, um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> ANTUNES, Ricardo. **Os Sentidos do Trabalho**: Ensaio sobre a Afirmação e a Negação do Trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003. p. 38. Para outro autor, a intervenção do Estado no domínio econômico é necessária para a manutenção das relações de poder existentes, mais precisamente, do capitalismo. Conforme: MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**: para o conceito de constituição econômica. 2ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1979. p. 125. No mesmo sentido, ou seja, que o Estado Social ou do Bem-Estar serve para a preservação do capitalismo, vide: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª. Ed. Rev. e Ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 127-128.

<sup>3</sup> Os outros três elementos considerados pela doutrina são: povo, território e soberania.

<sup>4</sup> Parte da doutrina entende que a finalidade não é elemento do Estado. Para mais detalhes em torno da discussão acerca da finalidade como elemento ou não do Estado, vide: BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6ª. Ed. Rev. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 109-118.

<sup>5</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 108.

<sup>6</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 50-52.

<sup>7</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. Op. Cit. p. 59.

Na mesma seara, mas não se referindo especificamente ao aspecto econômico, HESSE afirma que a Constituição não deve ser tão somente uma expressão do mundo dos fatos (ser), mas também deve ter caráter normativo (dever-ser). Ela não pode ser simplesmente um reflexo das relações sociais, porém há de conferir ordem e conformar a realidade política e social<sup>8</sup>.

Se o direito deve ser um instrumento de transformação social, a Constituição, como dito, é o instrumento jurídico por meio do qual o Estado busca a alteração das estruturas econômicas e sociais. Nesse sentido, entende-se que a Constituição há de ser “dirigente”. A Constituição Dirigente significa um programa de ação voltado à transformação das ordens social e econômica existentes. Ela é a busca da mudança social por meio do Direito<sup>9</sup>.

Em consonância com a Constituição da República Portuguesa<sup>10</sup>, CANOTILHO indica que o direito deve ser voltado à conformação social, sobretudo que o princípio da democracia econômica e social<sup>11</sup> representa uma diretiva constitucional que impele o legislador e os órgãos estatais a buscarem (por meio de atos e medidas) a concretização da

---

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128-129. Para a concepção de direção através do direito, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção — o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23-25.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 27-28. No mesmo sentido, vide: BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Constituição Dirigente. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coords.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Malheiros: Faculdade Christus, 2006. p. 241-243.

<sup>10</sup> PORTUGAL. **Constituição (1976)**. Lei Constitucional n. 1/82, de 30 de setembro (Primeira Revisão). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2011, 12:06:40. Seguem os textos dos artigos 2º. e 9º., respectivamente: Artigo 2º. (Estado de Direito Democrático): A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa. Artigo 9º. (Tarefas Fundamentais do Estado): São tarefas fundamentais do Estado: a) Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam; b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático; c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais; d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais; e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território; f) Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa; g) Promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, designadamente, o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira; h) Promover a igualdade entre homens e mulheres.

<sup>11</sup> Assentado nos citados dispositivos.

“justiça constitucional”, que é concebida como “justiça social”<sup>12</sup>.

3. Aqui se insere o tema da legitimidade. O problema da legitimidade reside na justificação da existência de um poder, assim como da aceitação deste poder pelos seus destinatários. O Estado, então, deve legitimar-se não somente do ponto de vista formal (Constituição formal), mas também material e, neste caso, pode-se dizer que a atividade estatal deve conformar a conduta social, ou seja, deve convergir para a transformação social, mais elucidativamente, para a justiça social (Constituição material)<sup>13</sup>.

Na mesma seara, MOREIRA assevera que a legitimidade da constituição económica reside em impelir a intervenção do Estado nas relações sociais e económicas de forma a reformar o *statu quo*, mais elucidativamente, quando menciona que a não interferência implicaria a “aceitação das relações de poder e privilégio existentes”<sup>14</sup>.

No mesmo sentido, mas referindo-se à Constituição alemã, HESSE afirma que cabe ao Estado assegurar a liberdade e uma vida digna. Com efeito, o Estado não pode mais ser visto sob uma ótica negativa (no sentido de abstenção para garantir a liberdade), mas também sob um aspecto positivo, concernindo à sua atuação para garantir condições materiais voltadas à concretização da dignidade humana<sup>15</sup>.

4. E pode-se dizer que a Constituição de 1988 é uma constituição que institui em termos gerais um Estado Social<sup>16 17</sup>. Mais especificamente, um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, da Carta Constitucional, “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. Ed. 7ª. Reimpr. Ed. Coimbra, Almedina, 2000. p. 338.

<sup>13</sup> Id., **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Op. Cit. p. 15 e 24. Ainda, sobre o tema da legitimidade do direito, vide: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. Op. Cit. p. 84-93.

<sup>14</sup> MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**: para o conceito de constituição económica. Op. Cit. p. 124.

<sup>15</sup> HESSE, Konrad. **Constituição e Direito Constitucional**. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 16.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 371.

<sup>17</sup> Para maior aprofundamento sobre a concepção de Estado Social em contraponto com o Estado Liberal, vide: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. O autor considera que o Estado Social foi uma superação do Estado Liberal (vide, sobretudo, os Capítulos I e VII). Vide, ainda: STRECK, Lenio Luís e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia** [Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht]. Tradução Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 17-47 e 118-131 (nesta parte, sobre a relação da democracia com o Estado de Direito, a República e o Estado Social); NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 15-46; SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Parte I. Item I.1. p. 5-83.

Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”) <sup>18</sup>, que, grosso modo, pode-se dizer que é um Estado Social legitimado pelo aspecto democrático.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito tem um componente de transformação da realidade social<sup>19</sup>. Nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

é um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir <sup>20</sup>.

Destarte, pode-se dizer que a Constituição brasileira é uma constituição dirigente<sup>21</sup>. Essa constatação é confirmada pelo enunciado do artigo 3º, da Carta Magna, *verbis*:

Art. 3º. 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; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação<sup>22</sup>.

BERCOVICI, ao analisar esse dispositivo, afirma que ele constitui a chamada “cláusula transformadora” (expressão emprestada de Pablo Lucas Verdú) da Constituição. Em outros termos, a Constituição dirigente implica a obrigação do Estado em buscar a transformação das estruturas sociais e econômicas<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011, 12:43:10.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 119.

<sup>20</sup> Ibid., p. 120.

<sup>21</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Constituição Dirigente. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coords.). **Constituição e Democracia**. Op. Cit. p. 245. No mesmo sentido, vide: BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999. E também, conforme: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 7ª. Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 215.

<sup>22</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Op. Cit.

<sup>23</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Constituição Dirigente. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coords.). **Constituição e Democracia**. Op. Cit. p. 245.

Em síntese, o Estado Democrático de Direito Brasileiro deve atuar na busca pela melhoria das condições sociais, no sentido da supressão das desigualdades sociais existentes, prevendo em sua Constituição uma enorme gama de direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais, cuja efetividade estará entre os pontos principais a serem abordados no presente trabalho, mormente neste capítulo.

## 2.2. PRINCÍPIOS

### 2.2.1. *A Constituição como sistema aberto de princípios e regras*

5. CANOTILHO, quando da análise da Constituição da República Portuguesa, assenta que o sistema jurídico daquele país é um sistema<sup>24</sup> normativo aberto de regras e princípios. É jurídico, por ser um sistema dinâmico de normas; aberto, porque apresenta aptidão para se adaptar a mudanças nas concepções de “verdade” e “justiça”; é normativo, em virtude de se assentar e se estruturar por meio de normas; e, enfim, constitui-se de regras e princípios, eis que pode revelar-se por meio de qualquer dessas duas espécies normativas<sup>25</sup>.

E a Constituição Federal de 1988 segue o modelo da Constituição Portuguesa, inclusive esta última serviu de inspiração para a primeira. Logo, os comentários feitos pelo constitucionalista português podem ser aplicados à ordem jurídica pátria. Cabe, então, detalhar melhor o entendimento acerca dos princípios como normas jurídicas dotadas de imperatividade.

Preliminarmente, cabe ressaltar que o entendimento acerca da normatividade dos

---

<sup>24</sup> Sobre o conceito de sistema e o Direito, vide: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito** [Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz]. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 25-102; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Conceito de sistema do direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976; LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito** [Methodenlehre der Rechtswissenschaft]. Tradução José Lamego. 3ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 621-697.

<sup>25</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1159. No mesmo sentido, mas referindo-se também à Constituição brasileira, vide: LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2ª. Ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 28-34; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 1ª. Ed. 2ª. Tir. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999. p. 184-185.

princípios (princípio como espécie do gênero norma) nem sempre existiu. BONAVIDES faz considerações acerca do entendimento de que os princípios não teriam caráter normativo conforme as doutrinas jusnaturalista e positivista, ditas como Velha Hermenêutica<sup>26</sup>. O pós-positivismo é que assenta a normatividade dos princípios, que passam a ocupar lugar de destaque, sendo considerados como o alicerce de qualquer ordenamento jurídico<sup>27</sup>.

A utilização dos princípios pode ser considerada como a alternativa pós-positivista para a “materialização do direito justo”, propiciando uma interpretação voltada à concretização dos ideais de justiça<sup>28</sup>.

### 2.2.2. Análise comparativa entre princípios e regras

6. A concepção de princípios costuma ser tratada em comparação à de regras. Entende-se que os princípios e as regras são espécies do gênero normas jurídicas<sup>29</sup>.

Para ALEXY a distinção entre princípios e regras é de suma importância para a teoria dos direitos fundamentais, fazendo menção à sua magnitude para uma “teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais”, para os casos de colisões, e, ainda,

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 257-264; LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. Op. Cit. p. 21-22.

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 264; LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. Op. Cit. p. 22-23. Sobre o pós-positivismo e a normatividade dos princípios, vide: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª. Ed. Rev. Atual. Ampl. 4ª. Tir. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 325-339 e 348-350.

<sup>28</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 113.

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1159; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** [Theorie der Grundrechte]. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 86-87; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 142-143. Sobre a distinção entre princípios e normas (e não regras), vide: ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado** [Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung]. Tradução Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 169-179. Vide, ainda, sobre os princípios e as regras e suas colisões: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 43-64; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 29-58; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004. p. 45-50.

para o papel desempenhado pelos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico<sup>30</sup>.

Existem diversos critérios utilizados pela doutrina no sentido da distinção entre princípios e regras<sup>31</sup>. Um dos mais utilizados é o da *generalidade*. Os princípios seriam normas dotadas de alto grau de generalidade (exemplo: liberdade de religião), ao passo que as regras teriam reduzido grau de generalidade (exemplo: direito de converter outras pessoas a determinada religião)<sup>32</sup>.

Ainda em relação à questão da generalidade, mas sob outra perspectiva, as regras são gerais porque pautam um “número indeterminado de atos ou fatos”, mas são especiais, porquanto não regulam outros “senão tais atos ou tais fatos”. Os princípios, por sua vez, regulam uma “série indefinida de aplicações”<sup>33</sup>.

Há quem entenda que os princípios se diferenciam das regras considerando que estas seguem uma lógica de tudo ou nada (*all or nothing*), significando, deste modo, que as regras sempre se aplicam quando estão presentes determinadas circunstâncias fáticas previstas como pressupostos de sua aplicação. As regras não se aplicam somente quando entram em conflito com outras regras que possuam maior hierarquia, ou que sejam posteriores ou mais específicas que as primeiras. Os princípios, por seu turno, regem-se pela lógica do peso ou importância, sendo que em caso de colisão deve-se cotejá-los a fim de verificar qual deles tem maior peso ou relevância no caso concreto, sendo este o aplicável na situação. Contudo, sua aplicação neste caso não implica a invalidade do princípio rejeitado, inclusive, em nova colisão poderá prevalecer o último, caso ele tenha no novo caso maior peso ou magnitude que o outro princípio<sup>34</sup>.

Outra concepção é a de que os princípios são normas jurídicas que incutem mandamentos de otimização, podendo ser concretizados em diversos graus, segundo as diferentes situações fáticas e jurídicas. Já as regras são também normas jurídicas, todavia, elas estabelecem de forma imperativa uma conduta (obrigar, proibir ou permitir), que pode

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 85.

<sup>31</sup> Para uma análise crítica sobre os diversos critérios distintivos entre princípios e regras, vide: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª. Ed. Rev. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 40-64.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 87; HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. Op. Cit. p. 91-92.

<sup>33</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. Op. Cit. p. 158.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 24-27. Vide, ainda: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. Op. Cit. p. 97-102; FARIAS, Edilson Pereira de. **A colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª. Ed. Atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 27-29.

ser ou não cumprida<sup>35</sup>.

Há, ainda, outra diferenciação entre essas espécies normativas, no sentido de que os princípios convivem de forma conflituosa, sendo que em caso de colisão entre eles a solução é feita conforme um procedimento de balanceamento em conformidade com seu peso relativo e sua ponderação com outros princípios, sendo que a não aplicação de um deles não implica a sua invalidade. As regras, por sua vez, apresentam relacionamento antinômico, pois em caso de conflito prevalecerá uma delas, mediante a adoção de cláusula de exceção ou de critérios juridicamente conhecidos (prevalência da regra posterior sobre a anterior, da regra hierarquicamente superior sobre a inferior, e da regra específica sobre a geral), e a outra será considerada inválida<sup>36 37</sup>.

No que tange à colisão de princípios, ressalta-se que a sua solução ocorre no caso concreto, sendo que a “relação de precedência” entre eles não é estabelecida *a priori*, mas de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas verificadas. Inicialmente, diz-se que nenhum princípio prevalece sobre outro, mas tão-somente quando verificada a colisão no caso concreto<sup>38</sup>. A norma da dignidade humana constitui exceção a essa regra, sendo

---

<sup>35</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1161; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 90-91; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. Op. Cit. p. 161-162; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32; ainda, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 277-280; LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. Op. Cit. p. 25; HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. Op. Cit. p. 98; FARIAS, Edilson Pereira de. **A colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Op. Cit. p. 29-32.

<sup>36</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1161; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 92-94; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Op. Cit. p. 33-34; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 277-280; LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. Op. Cit. p. 25; ainda, HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. Op. Cit. p. 99; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. Op. Cit. p. 68-70. Para um estudo mais aprofundado acerca dos princípios constitucionais e a ponderação de bens, vide: SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª. Ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-98.

<sup>37</sup> Para uma análise crítica especificamente sobre esta distinção entre princípios e regras, sustentando que existe também ponderação no conflito entre regras, vide: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Op. Cit. p. 52-64. Para um confronto com a teoria esposada por ÁVILA, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, p. 607-630, 2003.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 96-97 e 111-112; SILVA, Virgílio

considerada como um direito absoluto, pois é, na verdade, em parte um princípio e em parte uma regra, além de apresentar “um amplo grupo de condições de precedência”, podendo-se afirmar com toda certeza que o princípio da dignidade humana prevalecerá em face de outros com ele colidentes<sup>39</sup>.

Ainda no que respeita ao choque entre princípios, há estreita conexão entre eles e a máxima da proporcionalidade. A resolução da colisão entre os princípios deve dar-se em situação de *sopesamento*, o que evidencia a necessidade de adoção da proporcionalidade para realizar essa ponderação. A máxima da proporcionalidade refere-se à adequação, à necessidade (meio menos oneroso) e da proporcionalidade em sentido estrito (*sopesamento* propriamente dito)<sup>40</sup>.

O princípio da proporcionalidade, oriundo do Direito Administrativo, transforma-se em princípio de Direito Constitucional, sendo usado em questões pertinentes a direitos fundamentais. Seus elementos componentes, conforme já visto alhures, são: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação corresponde à conformidade ou validade do fim a ser atingido, sendo confundida, muitas vezes, com a vedação de arbítrio. Já a necessidade diz respeito à ausência de excesso aos limites respeitantes à conservação do fim legítimo. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito concerne à escolha que recaia sobre os meios que levem mais em consideração o conjunto de interesses em jogo quando da análise do caso concreto<sup>41</sup>.

A proporcionalidade visa ao combate aos excessos legislativos, mormente quando eles interferem na concretização de direitos fundamentais, suscitando o controle judicial

Afonso da. **A constitucionalização do direito**: direitos fundamentais nas relações entre particulares. Op. Cit. p. 34-35; LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. Op. Cit. p. 25-28.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 96-97 e 111-112. Sobre a importância do princípio da dignidade humana para a ordem jurídica, vide: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos fundamentais**: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lôbo Torres. Rio de Janeiro & São Paulo: Renovar, 2006. p. 135-179.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 116-120; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. Op. Cit. p. 167-170; STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade**: no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 77-93.

<sup>41</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 392-398; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª. Ed. Rev. Ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 63 e 67; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. Op. Cit. p. 232-233. Vide, ainda: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. Op. Cit. p. 218-246; STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade**: no direito constitucional brasileiro. Op. Cit. p. 79-82; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Op. Cit. p. 141-150.

desses atos por meio de decisões de inconstitucionalidade<sup>42</sup>.

Esse princípio é usado na interpretação de direitos fundamentais, de forma a conciliar esses direitos quando em estado de colisão. Isso porque pelo princípio da unidade da constituição não há diferentes graus de hierarquia entre normas de direitos fundamentais, devendo-se aplicar o princípio da concordância prática, como propagação do princípio da proporcionalidade, a fim de resolver as colisões desses direitos<sup>43</sup>.

O princípio da proporcionalidade, assim, apresenta caráter tópico, voltando-se à justiça do caso concreto ou equidade, sendo considerado como um importante instrumento de apoio para o aplicador da lei no exercício de sua atividade de emissão de decisões judiciais<sup>44 45</sup>.

Voltando aos princípios, ressalta-se a complementaridade deles e das regras, sendo que o sistema jurídico não pode conviver sem um deles. Um sistema que fosse constituído tão-somente por regras teria uma “limitada racionalidade prática”, pois não teria abertura para novas concepções e valores sociais, não obstante houvesse maior segurança jurídica. Por outro lado, um sistema esteado unicamente por princípios poderia conduzir à indeterminação e inexistência de regras precisas que regulassem as situações sociais, o que poderia levar a um sistema com tênue segurança jurídica<sup>46</sup>.

Nas palavras do constitucionalista português:

Esta perspectiva teórico-jurídica do ‘sistema constitucional’, tendencialmente ‘principlista’, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (cfr. *infra*, colisão de direitos fundamentais), mas também porque permite *respirar, legitimar, enraizar e caminhar* o próprio sistema. A respiração obtém-se através da ‘textura aberta’

<sup>42</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 407; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 63 e 67, ressaltando a ligação entre o princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais.

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 425-426. Sobre o princípio da concordância prática, vide: HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 113-115.

<sup>44</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 426.

<sup>45</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade e sua distinção em relação à razoabilidade, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

<sup>46</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1162-1163. Sobre as concepções de modelo puro de princípios, modelo puro de regras, e modelo de regras e princípios, vide: ALEXÝ, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 121-144; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. Op. Cit. p. 186-187.

dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem *valores* (liberdade, democracia, dignidade) fundadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento perscruta-se na *referência sociológica* dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos *processuais* e *procedimentais adequados*, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição. Por último, pode dizer-se que a individualização de princípios-norma permite que a constituição possa ser realizada de forma gradativa, segundo circunstâncias factuais e legais (Bin). A compreensão principal da Constituição serve de arrimo à concretização metódica quer se trate de um texto constitucional garantístico (ex.: a leitura principal de R. Dworkin em face da constituição americana) quer se trate de um texto constitucional programático (ex.: Constituição Portuguesa de 1976, Constituição Brasileira de 1988) <sup>47</sup> (itálicos do original).

### 2.2.3. *Classificação dos princípios e das regras*

7. Prosseguindo, CANOTILHO adota a seguinte classificação em relação aos princípios: princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia.

Os princípios jurídicos fundamentais são os que foram historicamente realizados e evolutivamente inculcados na consciência jurídica e que foram acolhidos de forma expressa ou implícita no texto constitucional. Eles têm uma função “negativa”, de evitar que os atos do poder público impliquem “excesso de poder” (função de limitação, por exemplo, com o princípio do Estado de Direito, do Estado Democrático). Mas também apresentam funcionalidade positiva, informando os atos do Poder Público (por exemplo, com o princípio da publicidade dos atos públicos) <sup>48</sup>.

Já os princípios políticos constitucionalmente conformadores refletem a ideologia política fundadora da constituição. Eles representam limites materiais ao poder de revisão e são os mais visados em situações de alteração da ordem política. São exemplos os

<sup>47</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1163-1164. No mesmo sentido, vide: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. Op. Cit. p. 187-188.

<sup>48</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1165. No mesmo sentido, vide: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. Op. Cit. p. 220; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. Op. Cit. p. 93.

princípios referentes à estrutura de Estado (unitário, federativo) e ao regime político (democracia, república) <sup>49</sup>.

Em sequência, os princípios constitucionais impositivos concernem aos princípios que impõem aos órgãos estatais o cumprimento de “fins” e a efetuação de “tarefas”. Como exemplo pode ser citado o princípio da correção das desigualdades sociais<sup>50</sup>.

Enfim, em relação à classificação proposta, os princípios-garantia aludem a situações de imediata e direta garantia aos cidadãos. São os princípios do *nullum crimen sine lege* e de *nulla poena sine lege*, ou, ainda, os princípios do *non bis in idem* e *in dubio pro reo*<sup>51</sup>.

8. Dando seguimento, há que se mencionar a classificação no que tange às regras. As regras podem ser jurídico-organizatórias ou jurídico-materiais.

As regras jurídico-organizatórias se subdividem em: regras constitucionais de competência, que se referem a atribuições conferidas a órgãos estatais; regras de criação de órgãos, concernentes à concepção de órgãos; e regras de procedimento, relativas ao processo de “formação da vontade política” e da execução de atribuições confiadas a órgãos públicos<sup>52</sup>.

As regras jurídico-materiais, por sua vez, podem ser classificadas em: regras de direitos fundamentais, que aludem a preceitos relativos ao “reconhecimento, garantia ou conformação” de “direitos fundamentais”; regras de garantias institucionais, que têm como finalidade a tutela de instituições; regras determinadoras de fins e tarefas do Estado, que, como o próprio nome sugere, são normas relacionadas com os princípios impositivos, e dizem respeito a prescrições constitucionais que determinam “os fins e as tarefas” estatais; enfim, as regras constitucionais impositivas, que são intimamente atreladas aos princípios impositivos e às regras determinadoras de fins e tarefas do Estado, mas que se referem a

<sup>49</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1166. No mesmo sentido, vide: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. Op. Cit. p. 220-221; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. Op. Cit. p. 93.

<sup>50</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1166-1167. No mesmo sentido, vide: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. Op. Cit. p. 221; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. Op. Cit. p. 93.

<sup>51</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1167. No mesmo sentido, vide: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. Op. Cit. p. 222; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. Op. Cit. p. 93-94.

<sup>52</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1168-1170. No mesmo sentido, vide: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. Op. Cit. p. 222-224.

“imposições de caráter permanente e concreto”, mais especificamente a imposições legiferantes (imposição ao legislador de estabelecimento de leis pertinentes a tarefas materiais) e a ordens de legislar (obrigação do legislador de criar leis de estruturação e o funcionamento de órgãos públicos)<sup>53</sup>.

9. No que concerne ao sistema interno de regras e princípios, CANOTILHO denomina de princípios estruturantes aqueles que indicam diretrizes básicas da constituição. Como exemplos, são citados os princípios do Estado de Direito, o democrático, o republicano. Tais princípios são materializados, densificados, concretizados por meio de outros, os princípios constitucionais gerais. De forma elucidativa, o princípio democrático pode ser materializado pelo princípio da democracia econômica, social e política. Em seguida, os princípios constitucionais especiais, que, no caso, seriam exemplificados com o princípio da democracia econômica, social e política sendo concretizado pelo princípio da “socialidade”. Contudo, não são somente os princípios que concretizam outros princípios, mas as regras também podem ter essa função. É o caso das regras constitucionais que proclamam direitos econômicos, sociais e culturais, que densificam o princípio da socialidade<sup>54</sup>.

Logo, poder-se-ia fazer o seguinte esboço: princípios estruturantes → princípios constitucionais gerais → princípios constitucionais especiais → regras constitucionais. Mas este esquema não se desenrola em uma única direção, e sim mediante um relacionamento recíproco ou biunívoco<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1170-1173. No mesmo sentido, vide: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. Op. Cit. p. 225-226.

<sup>54</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1173-1175. No mesmo sentido, vide: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. Op. Cit. p. 155-161. De forma mais detalhada sobre o princípio da socialidade, vide: NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Op. Cit. p. 291-344: nessa obra o autor traz arestos da Suprema Corte Portuguesa envolvendo a aplicação do princípio da socialidade.

<sup>55</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1175. No mesmo sentido, vide: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. Op. Cit. p. 229-230.

#### 2.2.4. Aplicabilidade das normas constitucionais: primeiras impressões

10. Como visto outrora, os princípios e as regras são espécies do gênero norma. Assim, eles valem como lei, quer dizer, eles apresentam imperatividade ou força normativa, enfim, são direito positivo<sup>56</sup>.

Destarte, não se pode mais falar em normas programáticas no sentido de normas destituídas de imperatividade, consideradas como simples “declarações” ou “exortações morais”<sup>57</sup>, o que vigorava nas doutrinas jusnaturalista e positivista, que consideravam que os princípios não tinham caráter normativo, tendo sido denominadas por BONAVIDES de Velha Hermenêutica<sup>58</sup>.

Recorrendo novamente às palavras do mestre português:

Às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli)<sup>59</sup>. Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; *é a positividade das normas-fim e das normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade de intervenção dos órgãos legiferantes*. Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam<sup>60</sup> (itálicos do original).

<sup>56</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1176.

<sup>57</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 257-264.

<sup>59</sup> Aqui citado pelo próprio CANOTILHO.

<sup>60</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1176-1177.

Assim sendo, as normas constitucionais têm aplicabilidade direta<sup>61</sup>. Isso significa que as normas, sobretudo as que concernem aos direitos fundamentais (“direitos, liberdades e garantias”) aplicam-se independentemente de interposição legislativa. Mas não somente isso. As leis que as contrariarem (as normas de direitos fundamentais) ou lhes impuserem restrições não previstas na constituição são inconstitucionais. Ainda, as leis pré-constitucionais que não lhes forem conformes também serão consideradas inconstitucionais<sup>62</sup>.

Além disso, as normas constitucionais pertinentes à organização dos órgãos estatais também possuem aplicabilidade direta, referindo-se, como visto antanho, a *ordens de legislar*<sup>63</sup>.

Enfim, as normas que aludem a fins e tarefas estatais, igualmente, têm aplicabilidade direta, sendo imediatamente vinculantes. Obrigam, pois, o Poder Judiciário, que deverá aplicá-las quando for o caso, inclusive, em situações de anulação ou derrogação de atos normativos incompatíveis com elas (as normas-fins e normas-tarefas)<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Ibid., p. 1178. O autor refere-se, especialmente, aos artigos 18º/1 da Constituição da República Portuguesa e ao artigo 1º/3 da Constituição Alemã.

PORTUGAL. **Constituição (1976)**. Lei Constitucional n. 1/82, de 30 de setembro (Primeira Revisão). Op. Cit. Artigo 18º. (Força jurídica): 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

ALEMANHA. **Constituição (1949)**. Disponível em: <<http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/grundgesetz>>. Acesso em: 09 mar. 2011, 18:02:54. Artikel 1 [Menschenwürde, Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt]. (1) <sup>1</sup>Die Würde des Menschen ist unantastbar. <sup>2</sup>Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Tradução livre: Artigo 1 [Dignidade humana, caráter obrigatório dos direitos fundamentais para o poder público]. (1) <sup>1</sup> A dignidade humana é intangível. <sup>2</sup> Todos os poderes públicos têm a obrigação de respeitá-la e de protegê-la. (2) Por conseguinte, o povo alemão reconhece que os direitos humanos são invioláveis e intangíveis enquanto base de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais seguintes vinculam o poder legislativo, o executivo e o judicial enquanto direito diretamente aplicável.

<sup>62</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1178-1179. Sobre a aplicabilidade direta das normas constitucionais, vide: BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8ª. Ed. Atual. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006. p. 138-153.

<sup>63</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1179.

<sup>64</sup> Ibid., p. 1180.

### 2.2.5. Densidade das normas constitucionais

11. Prosseguindo, o autor português refere-se à densidade normas constitucionais, quando entende que tais normas regulam situações em que há a necessidade de se “tomar decisões inequívocas”, em caso de definição de princípios relativos à “ordem social”, e, enfim, quando sejam necessárias, de imediato, normas constitucionais densas<sup>65</sup>.

Em contrapartida, a abertura das normas constitucionais decorre de situações em que exista um “consenso geral”, quando houver necessidade de existência de “espaço de conformação política”, e, por fim, em caso de se carecer de “medidas corretivas ou adaptadoras”<sup>66</sup>.

A existência de princípios e regras não implica que a ordem jurídica seja desprovida de “fenômenos de tensão”. Pelo contrário. Eles (os *fenômenos de tensão*) existem sim, como visto outrora, resolvendo-se de formas distintas quando se tratarem de colisão de princípios ou de antinomia de regras. Os primeiros são solucionados de acordo com a ponderação e concordância prática, ao passo que as últimas se regem pela lógica do tudo ou nada, ou seja, ou se aplicam e possuem validade, ou, então, não se aplicam e não possuem validade<sup>67</sup>.

## 2.3. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

### 2.3.1. Considerações gerais

12. Interpretar implica dar sentido, explicar, compreender. Perante um enunciado atribui-se um significado peculiar, determinando o que ele expressa, em consonância com as respectivas normas de linguística<sup>68</sup>.

A interpretação significa um recurso lógico, com conotação técnica, usado para a apreensão do sentido ou significado de uma norma jurídica, sobretudo em situação de

---

<sup>65</sup> Ibid., p. 1181.

<sup>66</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>67</sup> Ibid., p. 1182.

<sup>68</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. Op. Cit. p. 61; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. Op. Cit. p. 183-184.

vagueza ou obscuridade<sup>69</sup>.

**13.** Uma das mais antigas discussões doutrinárias acerca da interpretação jurídica diz respeito ao confronto entre os subjetivistas (*voluntas legislatoris*) e os objetivistas (*voluntas legis*).

Os primeiros remetem a meados do século XIX, na França, em que se sustentava uma interpretação de caráter mais limitado, que deveria ter por base a vontade do legislador, a partir da qual e, conforme a utilização de métodos linguísticos e lógicos, chegar-se-ia ao “sentido da lei”<sup>70</sup>.

Por seu turno, os objetivistas reportam ao final do século XIX, na Alemanha, defendendo que a interpretação teria um sentido objetivo, assentado nos “interesses em jogo na sociedade” (Jurisprudência dos interesses), passando, no início do século XX, para a “livre pesquisa científica” ou “movimento do direito livre”, em que o significado da lei deveria ser procurado na “vida, nas necessidades e nos interesses práticos”<sup>71</sup>.

**14.** No que tange à interpretação constitucional, CANOTILHO, perpassando pelos debates travados na doutrina constitucional norte-americana, identifica duas correntes, ditas *interpretativistas* e *não interpretativistas*.

A primeira delas considera que a interpretação da constituição deve restringir-se à assimilação do significado das disposições constitucionais, sejam as expressas ou as nitidamente implícitas. Apontam-se como limites à interpretação, nesse caso, o texto normativo e a vontade do legislador<sup>72</sup>.

Já os *não interpretativistas*

<sup>69</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 437.

<sup>70</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2ª. Ed. 7ª. Tir. São Paulo: Atlas, 1994. p. 266. No mesmo sentido, vide: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. Op. Cit. p. 112-113; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 452-453. Vide, ainda: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. Op. Cit. p. 106-108; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. Op. Cit. p. 188-194. Sobre a jurisprudência dos conceitos, vide: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Op. Cit. p. 21-44.

<sup>71</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. Op. Cit. p. 266. No mesmo sentido, vide: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 453-456. Ainda, vide: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. Op. Cit. p. 112-113. Este autor ressalta que a quase-totalidade da doutrina convergiu para a doutrina objetivista. Sobre a jurisprudência dos interesses e o movimento do direito livre, vide: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Op. Cit. p. 55-83.

<sup>72</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1195-1196.

defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem ‘valores e princípios substantivos’ — princípios da liberdade e da justiça — contra actos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o ‘projecto’ da constituição. Para os defensores do sentido substancial da constituição deve apelar-se para os *substantive values* — justiça, igualdade, liberdade — e não apenas e prevalentemente para o princípio democrático, a fim de permitir aos juízes uma competência interpretativa. Na performativa formulação de um dos autores mais representativos de ‘significado substancial da constituição’ — R. Dworkin —, os pontos de partida são os seguintes: (1) a *soberania da constituição*, pois o direito da maioria é limitado pela constituição, quer quando existem regras constitucionais específicas (como exigem os interpretativistas) quer quando as formulações constitucionais se nos apresentam sob a forma de ‘standards’ (conceitos vagos); (2) a *objectividade interpretativa* não é perturbada pelo facto de os juízes recorrerem aos princípios da justiça, da liberdade e da igualdade, ou até a outros conceitos (religião, liberdade de imprensa) ancorados num determinado *ethos* social, pois a interpretação da *constituição* faz-se sempre tendo em conta o texto, a história, os precedentes, as regras de procedimento, as normas de competência que, globalmente considerados, permitem uma actividade interpretativa dotada de tendencial objectividade; (3) de resto, a interpretação substancial da constituição deve perspectivar-se em moldes diferentes dos proclamados pelas teorias interpretativistas: o *direito* não é apenas o ‘conteúdo’ de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por *princípios jurídicos abertos* como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juízes<sup>73</sup>.

15. Paralelamente a essa querela doutrinária norte-americana, ressalta-se a disputa alemã em relação aos “métodos de interpretação da constituição”, fazendo-se menção ao “método científico-espiritual” e ao chamado “método jurídico”. O primeiro considera que a interpretação da constituição não deve ter em conta somente o texto constitucional, mas, igualmente, deve examinar o conteúdo valorativo da constituição<sup>74</sup>. No que concerne ao método jurídico, por outro lado, a interpretação da constituição não difere da interpretação

<sup>73</sup> Ibid., p. 1196-1197.

<sup>74</sup> Nesse sentido, vide: SMEND, Rudolf. Dottrina Dell’Integrazione [Integrationslehre in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften 5 (1956) 299-302. In: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze von RUDOLF SMEND, Zweite, erweiterte Auflage, Berlin 1968, Duncker und Humblot, 475-486]. In: SMEND, Rudolf. **Costituzione e Diritto Costituzionale**. Tradução F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988. p. 271-278; HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 128-129.

de qualquer lei, devendo-se utilizar as “regras tradicionais de interpretação”<sup>75</sup>.

### 2.3.2. Métodos de interpretação

16. Prosseguindo, a doutrina refere-se a vários métodos tradicionalmente usados para a interpretação jurídica. Vale perpassar pelos mais citados.

17. A interpretação é dita gramatical quando concerne a questões léxicas. Entende-se que a ordem das palavras e a forma como elas estão ligadas são relevantes para o estabelecimento do significado da norma. Verifica-se o sentido da norma com base no conteúdo semântico do enunciado<sup>76</sup>.

18. Com sentido próximo ao da gramatical, a interpretação lógica busca resolver inconsistências. Pressupõe-se que o elo entre uma “expressão normativa” e as outras que se inserem no mesmo contexto é deveras importante para se lograr o significado correto<sup>77</sup>.

19. O método sistemático parte do pressuposto de que a ordem jurídica como um todo deve ser dotada de coerência lógica e unidade. A interpretação de um preceito deve levar em consideração sua relação com o todo (ordenamento jurídico), de forma a preservar as aludidas unidade e coerência<sup>78</sup>.

20. A interpretação histórica tem relação com a concepção subjetivista da interpretação (*voluntas legislatoris*), porquanto investiga o significado da norma por meio da análise dos precedentes legislativos, mais especificamente, com base no histórico da

<sup>75</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1198.

<sup>76</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. Op. Cit. p. 287; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. Op. Cit. p. 127; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 440.

<sup>77</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. Op. Cit. p. 287-288; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 441-442. Este autor sustenta que essa relação deve dar-se entre as leis, procurando-se pela sua gênese e elaboração, de forma a se auferir a vontade do legislador.

<sup>78</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. Op. Cit. p. 288-289. No mesmo sentido, vide: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. Op. Cit. p. 136-137; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 445. Vide, ainda: FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2ª. Ed. Rev. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2002: para esse autor interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro (direta ou obliquamente). Ele conceitua a interpretação sistemática como sendo a “operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos” (p. 60).

lei<sup>79</sup>.

21. Por fim, o método teleológico concerne a uma concepção de que a norma possui um “espírito”, uma “finalidade”. Perscruta-se, nesse caso, o bem, o valor, o fim perseguido pela norma, interpretando-o de forma a potencializá-lo ou, para melhor dizer, a realizá-lo<sup>80</sup>.

### 2.3.3. A Nova Hermenêutica

22. Perpassados os métodos tradicionais, outros métodos podem ser explicitados: integrativo ou científico-espiritual; concretista; tópico; constituição aberta; e estruturante.

23. Para o método integrativo ou científico-espiritual a Constituição representa um “conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade”. Assim, a constituição deve ser interpretada “como um todo”, com apreensão total de sentido ou significado. Qualquer instituto deve ser interpretado em conexão com o todo, com o conjunto da ordem jurídica constitucional. Para essa doutrina a interpretação torna a constituição mais plástica, mais moldável às mudanças sociais, sendo que a interpretação deve coadunar com o “espírito da constituição”<sup>81</sup>.

24. Já o método concretista reputa o ato interpretativo como uma concretização da norma, pois havendo uma obscuridade é autorizado ao intérprete determinar o conteúdo material da norma. Tanto é que HESSE diz que a constituição se completa na interpretação. Assim, para esse método existem três elementos básicos para a

---

<sup>79</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. Op. Cit. p. 289; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 446, unindo os métodos histórico e teleológico; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. Op. Cit. p. 132-135. Para este autor não se deve descartar totalmente esse método, sobretudo no caso da interpretação constitucional, justificando, por exemplo, que é com base na concepção histórica que se entende que o instituto do *habeas data* foi adotado pela atual Constituição como reação ao regime militar que a antecedeu.

<sup>80</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. Op. Cit. p. 290-291; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 446; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. Op. Cit. p. 138-140. Segundo este autor o artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), consagrou o método teleológico, e, ainda, o artigo 3º, da Carta de 1988, abriu espaço para as finalidades do Estado Brasileiro.

<sup>81</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 478-480. No mesmo sentido, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1212-1213; SMEND, Rudolf. *Dottrina Dell’Integrazione* [Integrationslehre in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften 5 (1956) 299-302. In: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze von RUDOLF SMEND, Zweite, erweiterte Auflage, Berlin 1968, Duncker und Humblot, 475-486]. In: SMEND, Rudolf. **Costituzione e Diritto Costituzionale**. Op. Cit. p. 271-278.

interpretação: a *norma*, a *compreensão prévia* e o *problema concreto*<sup>82</sup>.

25. A tópica consiste em “pensar o problema”, ou seja, de acordo o método tópico procura-se uma solução justa para o caso concreto. A interpretação se dá quando da busca pela resolução de uma situação de fato. Ele (o método) traz, então, uma abertura que não existia no direito europeu, mas que era presente no direito norte-americano (*case law*)<sup>83</sup>.

A tópica e a teoria científico-espiritual abriram espaço para a teoria material da constituição, tendo propiciado o advento de outros métodos hermenêuticos, podendo ser mencionados o método concretista da constituição aberta e a metódica estruturante<sup>84</sup>.

26. O método concretista da constituição aberta pode ser concebido por meio de três pontos fundamentais: o “círculo de intérpretes”, que é mais abrangente; a interpretação encarada como um “processo público e aberto”; a constituição é vista como uma “realidade constituída” e publicização. O círculo de intérpretes é composto por todos os agentes sociais que participam ativa ou passivamente da vida política. Ressaltam-se os elementos de publicidade e de abertura, corolários da democracia e do pluralismo, conferindo flexibilidade à constituição. Como crítica diz-se que esse método propicia a manutenção dos *statu quo* da liberdade, sendo de difícil aplicação em situações de crises, que demandem soluções de forma mais célere<sup>85</sup>.

27. Por fim, nesse contexto interpretativo insere-se a metódica estruturante<sup>86</sup>.

Os postulados básicos da metódica normativo-estruturante são os seguintes: (1) a

<sup>82</sup> HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 108-110; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 481-482; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1212.

<sup>83</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 490-493; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1211-1212. Para maior entendimento acerca da tópica, vide: VIEHWEG, Theodor. **Topica e jurisprudência** [Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung]. Tradução Tercio Sampaio Ferraz Junior. Distrito Federal: Imprensa Nacional, 1979; Vide, ainda: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Op. Cit. p. 243-277.

<sup>84</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 496-498.

<sup>85</sup> Ibid., p. 509-517. Para mais detalhes em relação a este método, vide: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição** [Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten]. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

<sup>86</sup> Para mais detalhes em relação à metódica estruturante, vide: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional** [Juristische Methodik und Politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II]. Tradução Peter Naumann. 3ª. Ed. Rev. Ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 35-107; MÜLLER, Friedrich. **Discours de la methode juridique** [Juristische Methodik]. Tradução Olivier Jouanjan. Paris: Puf, 1996. p. 163-337.

metódica jurídica tem como tarefa investigar as *várias funções de realização do direito constitucional* (legislação, administração, jurisdição); (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa ‘decisão prática’ (a metódica pretende-se ligada à resolução de problemas práticos); (3) a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria *hermenêutica da norma jurídica* que arranca da não identidade entre *norma e texto normativo*; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um ‘domínio normativo’, isto é, um ‘pedaço de realidade social’ que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) conseqüentemente, a *concretização normativa* deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa) <sup>87</sup>.

A metódica estruturante é concretista, devendo-se, pois, perscrutar as regras de concretização para melhor compreender sua dinâmica. O ponto de partida da interpretação é a norma. E a norma não se identifica com o texto normativo. Ela (a norma) é o conteúdo ou significado do texto (normativo). Assim, a primeira tarefa da hermenêutica consiste em compreender (atribuir um significado) o enunciado do texto normativo <sup>88</sup>.

Contudo, iniciar pelo texto normativo não significa que a interpretação é um ato lógico-dedutivo (concepção positivista), mas que não pode distanciar-se do texto legal. Ele é o seu objeto. Conferir um conteúdo semântico ao texto normativo, porquanto este não se confunde com a norma, há de se ter em consideração não somente o texto, mas, igualmente, o problema a ser solucionado. Ou seja, para a concretização é necessário atribuir um significado ao texto levando-se em conta aspectos concernentes ao caso concreto <sup>89</sup>.

Prosseguindo, a norma tem dois componentes: o “programa normativo” e o “domínio normativo”. O “programa normativo” relaciona-se a um “processo parcial de

<sup>87</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1213.

<sup>88</sup> Ibid., p. 1215.

<sup>89</sup> Ibid., p. 1216.

concretização” que implica a atribuição de sentido (interpretação) ao texto normativo. O “domínio normativo”, por sua vez, refere-se a um “segundo processo parcial de concretização” firmado na realidade a ser regulada pela norma. Dessa concepção de que a norma é formada por dois elementos (o “programa normativo” e o “domínio normativo”) resulta a significação da “normatividade constitucional”<sup>90</sup>.

Assim, pode-se dizer que o *texto normativo* distingue-se da *norma*. O texto normativo refere-se ao enunciado contido em determinada disposição normativa (constituição, lei, ou qualquer outro ato normativo). Por seu turno, a norma concerne à interpretação do texto normativo. Mas não somente isso. A aplicação de uma norma se dá no caso concreto, havendo, pois, uma interação entre o enunciado, sua interpretação (norma jurídica), e, por fim, a solução de uma situação determinada por meio da norma de decisão (processo de concretização da norma)<sup>91</sup>.

Nas palavras de GRAU:

a concretização implica um caminhar do *texto da norma* para a *norma concreta* (a *norma jurídica*), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza no passo seguinte, quando é descoberta a *norma de decisão*, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso dizem alguns autores que interpretação e concretização são distintas entre si — o que contesto, para sustentar que inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização. Esta é, pois, a derradeira etapa daquela<sup>92</sup>.

#### 2.3.4. Princípios de interpretação da constituição

28. Continuando, a doutrina concebe alguns princípios de interpretação da constituição. São os seguintes: unidade da constituição; efeito integrador; máxima efetividade; “justeza” ou conformidade funcional; concordância prática ou harmonização; força normativa; interpretação conforme a Constituição.

<sup>90</sup> HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 111-113; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1216-1217. No mesmo sentido, vide: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. Op. Cit. p. 85.

<sup>91</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. Op. Cit. p. 64. No mesmo sentido, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1221-1222.

<sup>92</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. Op. Cit. p. 66.

29. Consoante o princípio da unidade da constituição a norma constitucional deve ser interpretada evitando contradições, obrigando-se o intérprete a levar em consideração a constituição de forma global, ou seja, harmonizando situações de tensão entre as normas a serem concretizadas<sup>93</sup>. Por este princípio infere-se que todas as normas constitucionais possuem “igual dignidade”. Destarte, não de ser rejeitadas duas teorias, a de que existem antinomias normativas e a de que podem haver normas constitucionais inconstitucionais<sup>94</sup>.

30. O princípio do efeito integrador reza que deve conceder-se preferência à “integração política e social” e ao “reforço da unidade política” quando da resolução de casos jurídicos relativos à interpretação constitucional<sup>95</sup>.

31. Por sua vez, o princípio da máxima efetividade significa que o intérprete deve conferir à norma a interpretação que maior eficácia lhe imprima. Ele é usado, sobretudo, na interpretação que envolver direitos fundamentais (a interpretação deve atribuir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais)<sup>96</sup>.

32. Segundo o princípio da “justeza” ou da conformidade funcional não se pode alterar a “repartição de funções” estabelecidas na constituição quando de sua concretização. É um princípio utilizado nas “relações verticais de poder”, sendo considerado por alguns mais como um princípio relativo à competência do que pertinente à interpretação<sup>97</sup>.

33. Ainda, o princípio da concordância prática ou da harmonização concerne à “coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito”, de forma a impedir o “sacrifício” de alguns em comparação com outros. É bastante empregado na interpretação de direitos fundamentais, principalmente em situações de colisão entre princípios<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 113; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1223-1224. No mesmo sentido, de forma mais detalhada, vide: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. Op. Cit. p. 196-218.

<sup>94</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1183. Em sentido convergente, vide: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. Op. Cit. p. 195-218.

<sup>95</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1224.

<sup>96</sup> Ibid., loc. cit. No mesmo sentido, mas de forma mais detalhada, vide: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. Op. Cit. p. 246-275.

<sup>97</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1224-1225. No mesmo sentido, vide: HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 115.

<sup>98</sup> HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar

34. Já o princípio da força normativa volta-se para uma “eficácia ótima da constituição” quando em caso de solução de casos concretos relativos a situações jurídico-constitucionais<sup>99</sup>.

35. Cabe, afinal, uma referência ao princípio da interpretação da lei em conformidade com a constituição. Decorre esse princípio da hierarquia da ordem normativa, comportando três aspectos: a *prevalência da constituição*, priorizando-se na interpretação da lei o sentido que não conflite com a lei fundamental; a *conservação das normas*, porquanto na interpretação deve-se sempre buscar um sentido que não implique a expulsão da lei do ordenamento jurídico, preferindo-se interpretá-la de forma a não contrariar a constituição, ao invés de considerá-la nula por inconstitucionalidade; enfim, a *exclusão da interpretação conforme a constituição, mas contra legem*, que estabelece que não se deva desvirtuar a letra da lei para considerá-la constitucional, aconselhando-se a procurar, quando houver mais de uma interpretação, aquela que seja mais bem “orientada para a constituição”<sup>100</sup>.

## 2.4. DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.4.1. Terminologia: direitos fundamentais e direitos humanos

36. Cabe, preliminarmente, uma definição em relação ao termo a ser usado neste trabalho. Várias expressões são utilizadas para se referirem aos direitos aqui tratados. A título exemplificativo podem ser citados: “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades

---

Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 113-115; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1225.

<sup>99</sup> HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 115-116. De forma mais detalhada, vide: HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 123-146. No mesmo sentido, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1226.

<sup>100</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1226-1227. Em sentido convergente, vide: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. Op. Cit. p. 188-195. Sobre a interpretação conforme a constituição e seus limites, vide: HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 118-122.

fundamentais”, e “direitos humanos fundamentais”<sup>101</sup>.

A própria Carta de 1988 faz uso de diversas expressões, como: “direitos humanos” (artigo 4º, inciso II), “direitos e garantias fundamentais” (epígrafe do Título II, e artigo 5º, § 1º), “direitos e liberdades constitucionais” (artigo 5º, inciso LXXI), “direitos e garantias individuais” (artigo 60, § 4º, inciso IV)<sup>102</sup>.

Em que pese o fato de a dissidência parecer ter caráter meramente formal, teórico ou acadêmico, a doutrina prefere utilizar as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” com distintos significados. Os “direitos fundamentais” são também “direitos humanos”, porquanto apresentam como seus titulares os seres humanos, entretanto, os primeiros são aqueles que foram reconhecidos e positivados por determinado Estado, ao passo que os últimos relacionam-se a preceitos de direito internacional, podendo-se dizer, com efeito, que são posições jurídicas que aspiram à validade universal, ou seja, a serem direitos válidos para qualquer ser humano pelo simples fato de sua condição humana<sup>103</sup>.

A expressão “direitos do homem” apresenta uma dimensão mais universalista, visando à proteção do ser humano como tal. Já a referência aos “direitos fundamentais” denota uma situação referente a uma determinada ordem jurídica concreta<sup>104</sup>.

MIRANDA baseia seu entendimento de que os direitos humanos referem-se a todos os seres humanos, devido à sua condição humana, citando os documentos internacionais de caráter universalista: Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948; Declaração Europeia dos Direitos Humanos (1951); e Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969)<sup>105</sup>.

**37.** Outro aspecto que é considerado na diferenciação de “direitos humanos” com “direitos fundamentais” concerne ao denominado “duplo regime de *fundamentalidade*

<sup>101</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª. Ed. Rev. Atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27.

<sup>102</sup> Ibid., p. 27.

<sup>103</sup> Ibid., p. 29. No mesmo sentido: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70-71; SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. Op. Cit. p. 131-135; LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 7ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 43-51; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52-54.

<sup>104</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 393.

<sup>105</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V. IV. 3ª. Ed. Rev. Atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 51 e seq. Todos os citados documentos internacionais apresentam os direitos humanos com caráter universalista.

formal e material”.

Assinala-se que a *fundamentalidade* formal concerne à colocação das normas de direitos fundamentais no máximo grau de hierarquia da ordem jurídica, ou seja, elas devem estar alocadas na constituição; ainda, tais normas devem ser tuteladas por procedimentos mais rigorosos de revisão ou emenda, podendo configurar limites materiais ao poder de reforma constitucional; elas apresentam caráter vinculativo dos órgãos estatais no que concerne aos seus atos, decisões, escolhas, ações e controle<sup>106</sup>.

Por seu turno, a *fundamentalidade* material indica que o “conteúdo” desses direitos (fundamentais) são ideias básicas de sustentação do Estado e da sociedade. A magnitude dessa subdivisão reside no fato de que podem existir “direitos fundamentais” que sejam material, mas não formalmente fundamentais. Destarte, a *fundamentalidade* material fornece a abertura para outros direitos que sejam substancialmente fundamentais, mas que não tenham sido constitucionalizados<sup>107</sup>.

Assenta-se que a dupla *fundamentalidade* (formal e material) está presente somente nos “direitos fundamentais”, visto que eles além de apresentarem conteúdo de posições jurídicas fundamentais (*fundamentalidade* material), também são reconhecidos e positivados pelo Estado (*fundamentalidade* formal). Já os “direitos humanos” atendem ao requisito da *fundamentalidade* material, mas nem sempre ao da *fundamentalidade* formal, e, quando isso acontece, eles são chamados de “direitos fundamentais”. A magnitude dessa distinção reside no fato de a eficácia ou efetividade dos direitos fundamentais ser mais acentuada do que a dos direitos humanos<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 379; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 54-56.

<sup>107</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 379 e 403-404. O autor refere-se ao artigo 16º, da Constituição da República Portuguesa [Artigo 16.º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais)]. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. PORTUGAL. **Constituição (1976)**. Lei Constitucional n. 1/82, de 30 de setembro (Primeira Revisão). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2011, 12:06:40]. Nesse caso, o autor ressalta que esse dispositivo é uma norma de *fattispecie* aberta, podendo abranger direitos “que se propõem no horizonte da acção humana”. Vide, ainda: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V. IV. Op. Cit. p. 162-175; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 54-56. Sobre os fundamentos dos direitos fundamentais, vide: FERRAJOLI, Luigi et al. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Op. Cit. p. 17-44. Acerca da interpretação dos direitos fundamentais, vide: FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Op. Cit. p. 57-82.

<sup>108</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. p. 30-31.

Não obstante tais diferenciações operadas entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, não se pode olvidar, nem deixar de reconhecer, a ligação existente entre eles. A *fundamentalidade* material está presente em ambos<sup>109</sup>.

#### 2.4.2. Breve evolução histórica

38. Baseando-se na lição de KLAUS STERN, SARLET aponta para a existência de três etapas pertinentes à evolução histórica dos direitos fundamentais: uma pré-história, que se estende até o século XVII; uma fase intermediária, que compreende o jusnaturalismo e a afirmação dos direitos naturais do homem; e, enfim, a fase de constitucionalização, que se iniciou com a Constituição Americana de 1776 e prosseguiu com as mais diversas constituições subsequentes<sup>110 111</sup>.

No que tange à chamada pré-história, que influenciou sobremaneira o jusnaturalismo, havia a concepção de que o homem, em virtude de sua condição humana, já era (o homem), por si só, titular de determinados direitos, ditos naturais e inalienáveis.

<sup>109</sup> Ibid., p. 33. Em oposição a este entendimento, ou seja, no sentido da não diferenciação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, vide: TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª. Ed. Rev. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 357 e seq.

<sup>110</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 37.

<sup>111</sup> Para uma concepção histórica mais aprofundada sobre a evolução dos direitos humanos, vide: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Op. Cit. p. 13-70; LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 3ª. Reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 117-166; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 76-108. Acerca da formação e evolução histórica dos direitos fundamentais, vide: LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Op. Cit. p. 29-42; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª. Ed. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2006. Capítulos I e II; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. V. IV. Op. Cit. p. 7-33; BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos** [L'età dei diritti]. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 4ª. Tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 35 e seq.; PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 21-102; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 357-368 e 380-391. Sobre a história e os fundamentos dos direitos humanos, as dimensões a incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos, vide: MARCÍLIO, Maria Luiza e PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998. Sobre os fundamentos éticos dos direitos humanos, vide: KOH, Harold Hongju e SLYE, Ronald C. (Orgs.). **Democracia Deliberativa y Derechos Humanos** [Deliberative Democracy and Human Rights]. Tradução Paola Bergallo y Marcelo Alegre. Barcelona, 2004. Parte II: Fundamentos Éticos de los Derechos Humanos Internacionales; BITTAR, Eduardo C. B. A Ética dos Direitos Humanos. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto e MELO, Claudinei de (Orgs.). **Direitos Humanos, Democracia e República**: Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 347-380; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2007. p. 169-207. Sobre a legitimação dos direitos humanos, vide: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Op. Cit. p. 11-96; 467-519; 521-568. Acerca da relação entre direitos humanos e justiça social, vide: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Op. Cit. p. 293-320; e 321-383.

Os valores dignidade, liberdade e igualdade encontram suas raízes nos pensamentos greco-romano, cristão e na filosofia clássica<sup>112</sup>.

Perpassando a Idade Média, já no século XVII LOCKE defendia a existência de “direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência)”, que eram oponíveis inclusive ao detentor do poder estatal, em decorrência do pacto ou contrato social<sup>113</sup>.

Com ROUSSEAU, PAINE e KANT, cada qual ao seu modo, afluíram a “teoria do contratualismo” e dos “direitos naturais do indivíduo”, podendo-se falar, aqui, em direito de liberdade somente limitado pela liberdade dos outros indivíduos<sup>114</sup>.

O reconhecimento dos direitos ditos naturais pelas primeiras declarações de direitos pode ser entendido como o embrião dos direitos fundamentais.

Já a *Magna Charta Libertatum*, firmada em 1215, pelo Rei João Sem-Terra, e que teve como objetivo propiciar aos nobres ingleses o acesso a alguns privilégios que o restante da população não tinha, apesar de seu caráter aristocrático, apresentou alguns institutos até hoje reconhecidos como relativos a direitos fundamentais, como o *habeas corpus* e o devido processo legal<sup>115</sup>. Entende-se que ela fornecia “aberturas” para a transmutação dos direitos ditos corporativos (aristocráticos) em direitos humanos<sup>116 117</sup>.

A Reforma Protestante levou à concepção de liberdade de religião, e as guerras religiosas contribuíram para a construção dos Estados modernos e do absolutismo, que foram, por sua vez, propulsores das revoluções burguesas ocorridas no século XVIII. Diz-se que a liberdade de religião foi o primeiro direito individual reivindicado<sup>118</sup>.

Já a Revolução Gloriosa, de 1688, foi de fundamental importância para a limitação do poder do monarca e da ascensão do Parlamento perante a monarquia inglesa. Em 1689 foi promulgado o *Bill of Rights*, que impôs a limitação do então poder absoluto do rei,

---

<sup>112</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 37-38.

<sup>113</sup> Ibid., p. 40.

<sup>114</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>115</sup> Ibid., p. 41.

<sup>116</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 382-383.

<sup>117</sup> Sobre a importância histórica da *Magna Charta*, vide: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Op. Cit. p. 83-99.

<sup>118</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 42; LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Op. Cit. p. 121.

criando a separação de poderes<sup>119 120</sup>.

A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (1776) é tida como o primeiro documento a reconhecer direitos no sentido que atualmente se alude como direitos fundamentais<sup>121 122</sup>.

Todavia, a Constituição de 1791 (França) foi a primeira constituição a consagrar direitos fundamentais por incorporação da Declaração de Direitos de 1789.

As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este *status* constitucional da *fundamentalidade* em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa<sup>123 124</sup>.

### 2.4.3. Dimensões dos direitos fundamentais

**39.** Como visto alhures, os direitos humanos e os direitos fundamentais apresentam

<sup>119</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 42-43.

<sup>120</sup> Sobre a relevância histórica do *Bill of Rights*, vide: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Op. Cit. p. 104-110.

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 43.

<sup>122</sup> Sobre a magnitude histórica da Declaração de Virgínia, além da Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América, vide: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Op. Cit. p. 111-139.

<sup>123</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 43.

<sup>124</sup> Sobre a importância histórica da Revolução Francesa e das Declarações de Direitos das Constituições francesas imediatamente subsequentes, vide: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Op. Cit. p. 140-178.

um aspecto em comum, a *fundamentalidade* material. Isto implica que o seu conteúdo é comum, por isso alguns caracteres inerentes aos direitos humanos podem ser estendidos para os direitos fundamentais.

Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217 (A) III da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, dispõe, em seu artigo I que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”<sup>125</sup>. Ou seja, um preceito que abarca a liberdade, igualdade, dignidade e fraternidade. E a Declaração como um todo abrange as dimensões que serão a seguir tratadas, apresentando-as com feição de indivisibilidade e unidade<sup>126</sup>.

Prosseguindo, após alguns anos de discussão acerca da força jurídica da Declaração, as Nações Unidas aprovaram, em 1966, os Pactos de Direitos Humanos — Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>127 128</sup> e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>129 130</sup>.

<sup>125</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em 30 abr. 2011, 09:59:34.

<sup>126</sup> Sobre a importância histórica da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), vide: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Op. Cit. p. 237-246. De forma mais detalhada acerca da Declaração Universal dos Direitos Humanos, vide: MARCÍLIO, Maria Luiza. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sessenta Anos: Sonhos e Realidades**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2008; CASTRO, Reginaldo Oscar de (Coord.). **Direitos Humanos: conquistas e desafios**. Brasília: Letraviva, 1999; AMARAL JÚNIOR, Alberto do e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1999; CASSESSE, Antonio. **I diritti umani nel mondo contemporaneo**. Roma-Bari: Laterza, 1999. Capítulo III e Apêndice.

<sup>127</sup> O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos tem plena vigência no ordenamento jurídico pátrio em decorrência do Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Os principais direitos assegurados são: direito à vida; liberdade pessoal, abrangendo a proibição de tratamento desumano ou degradante, além da vedação do trabalho forçado, servidão ou escravidão; proteção da vida privada e intimidade; igualdade formal; liberdades de pensamento, consciência e religião; liberdade de reunião e associação; direitos políticos; direitos de minorias; dentre outros. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm)>. Acesso em 30 abr. 2011, 10:38:49.

<sup>128</sup> Sobre a importância histórica e uma análise jurídica do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), vide: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Op. Cit. p. 291-349.

<sup>129</sup> O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais encontra-se em vigor no Brasil por ocasião do Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992. Os principais direitos assegurados são: direito à autodeterminação dos povos; igualdade material; direito ao trabalho, sobretudo em condições dignas e justas; liberdade sindical; greve; proteção da família; direito à melhoria contínua das condições materiais de sobrevivência; direito à saúde; educação; cultura; dentre outros. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)**. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_economicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm)>. Acesso em 30 abr. 2011, 10:51:20.

<sup>130</sup> BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights in a nutshell**. St. Paul: West Publishing, 1988. p. 30-31; PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 176. Sobre a importância histórica e uma análise jurídica do Pacto Internacional dos

Não obstante, a elaboração de dois Pactos separados formalmente, a doutrina, ainda assim, reconhece a natureza indivisível dos direitos humanos<sup>131</sup>. Inclusive, a própria ONU entende que não há efetiva fruição dos direitos humanos ditos civis e políticos sem a observância real dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>132</sup>. Pode-se dizer, com efeito, que esses direitos, além de unos e indivisíveis, são interdependentes, havendo uma correlação recíproca entre eles.

A interdependência e a indivisibilidade andam juntas. Os direitos humanos são interdependentes (ou complementares<sup>133</sup>), fato este que ressalta a sua indivisibilidade. Sem o gozo dos direitos ditos de segunda dimensão não há efetivamente a fruição dos direitos de primeira dimensão.

A Conferência de Teerã (1968) já ressaltava o caráter de indivisibilidade dos direitos humanos<sup>134</sup>:

13. Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social.

Posteriormente, com o fito de reafirmar a indivisibilidade dos direitos humanos, buscando maior imperatividade aos preceitos contidos na Declaração Universal de 1948, além dos acima mencionados Pactos de Direitos Humanos de 1966, e até da citada Conferência de Teerã (1968), foi realizada a Conferência de Direitos Humanos de Viena em 1993, quando foram proclamadas solenemente, além da aludida indivisibilidade, a universalidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos<sup>135</sup>:

---

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), vide: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Op. Cit. p. 349-378.

<sup>131</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Op. Cit. p. 178.

<sup>132</sup> Ibid., p. 178-179; STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International human rights in context: law, politics, morals**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 237; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 41-43.

<sup>133</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. Op. Cit. p. 130-131.

<sup>134</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conferência de Teerã (1968)**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/teera.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2011, 12:21:32.

<sup>135</sup> Nesse sentido, vide: RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio

5. Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, económico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais<sup>136</sup>.

A partir desse último texto, COMPARATO alude ao “princípio da complementariedade (sic) solidária dos direitos humanos”, asseverando que a “essência do ser humano é uma só”, embora existam diferenças biológicas, individuais, sociais, culturais<sup>137</sup>.

Todas essas características (unidade, indivisibilidade, interdependência, inter-relação) dos direitos humanos condizem com a matéria, a substância, o conteúdo de tais direitos, vale dizer, com a sua *fundamentalidade* material. Assim sendo, são conceitos que podem ser aproveitados para o contexto dos direitos fundamentais, que, como aludido antanho, também apresentam a denominada *fundamentalidade* material.

Com base nesse entendimento, inclusive, há autores que entendem que não deve haver separação entre os direitos civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais<sup>138</sup>.

40. A doutrina, de forma geral, subdivide os direitos fundamentais em dimensões<sup>139</sup>. Nesse contexto, a maior parte entende que os direitos fundamentais apresentam três dimensões, apontando para o carácter “cumulativo” e “evolutivo” e para a “natureza complementar” dos direitos fundamentais, e, além disso, para a sua “unidade” e

---

de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002. p. 259. ALVES, J.A. Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia (Orgs.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 144-146.

<sup>136</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conferência de Direitos Humanos de Viena (1993)**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 25 abr. 2011, 12:33:40.

<sup>137</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Op. Cit. p. 80.

<sup>138</sup> Nesse sentido, vide: RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Op. Cit. p. 199.

<sup>139</sup> Prefere-se o termo dimensões e não gerações, porquanto o último passa a ideia de superação de uma geração por outra, o que poderia implicar que a geração seguinte substituiria a anterior e assim sucessivamente, o que faria prevalecer, sempre, a última das gerações. Já o termo dimensões apresenta a ideia de complementaridade, cumulação, e não de alternância entre as espécies de direitos fundamentais. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. p. 45.

“indivisibilidade”, tal como ocorre com os direitos humanos na esfera internacional<sup>140</sup>.

Os primeiros direitos fundamentais, assim consideradas as posições jurídicas reconhecidas em textos constitucionais, foram fruto do pensamento liberal-burguês, tidos como direitos dos indivíduos em relação ao Estado, ou, também chamados de direitos de defesa, delimitando uma área de não intervenção do Estado na esfera de “autonomia individual”. São mencionados, destarte, de direitos “negativos” ou de abstenção, como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (formal)<sup>141</sup>.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais refere-se àqueles direitos cuja efetivação demanda uma atuação estatal, sendo ditos direitos “positivos” ou de atuação. São eles direitos decorrentes dos impactos sociais e econômicos causados pela industrialização, que tornaram necessária a atuação do Estado no sentido de assegurar o direito de igualdade, esta concebida no sentido material. Podem-se exemplificar com os direitos sociais garantidos aos trabalhadores, considerados como “densificadores do princípio da justiça social”<sup>142</sup>.

Por fim, os direitos fundamentais de terceira dimensão reportam-se a uma “titularidade coletiva ou difusa”. Eles visam à proteção de grupos humanos, podendo ser citados, de forma ilustrativa, os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao

---

<sup>140</sup> Ibid., p. 46.

<sup>141</sup> Ibid., p. 46-47; LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Op. Cit. p. 126-127; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 562-564; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 64-67; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267. Sobre a fundamentação filosófica e as dimensões dos direitos fundamentais, vide: LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Op. Cit. p. 29-42; LUÑO, Antonio E. Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 8ª. Ed. Madrid: Tecnos, 2003. Parte Primeira; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Op. Cit. Capítulos I e II.

<sup>142</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 47-48; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 67-68; HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** [Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland]. Tradução 20ª. Ed. Alemã Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 169-177; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 267-268; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V. IV. Op. Cit. p. 383-403; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 583-627. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 564-565: o autor afirma que os direitos sociais passaram por um período de baixa densidade normativa e depois para uma concepção de aplicabilidade imediata. Esse tema será objeto de considerações mais adiante. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Op. Cit. p. 127-131: ressalta-se a complementaridade entre os direitos de primeira e de geração dimensões (o autor usa a expressão “gerações”, mas neste estudo prefere-se, como visto alhures, o termo “dimensões”), além de fazer um cotejo entre eles.

desenvolvimento, e ao meio ambiente<sup>143</sup>. E pode-se dizer que:

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, *transindividual*, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação<sup>144 145</sup>.

#### 2.4.4. Direitos fundamentais e a Constituição Federal de 1988

41. Ao analisar a Constituição de 1988, diz-se que ela apresenta três características distintivas: analítica, plural e dirigente. Analítica, porquanto possui expressivo número de dispositivos, mesmo quando se trata de direitos fundamentais. Plural, eis que concilia situações e demandas nem sempre harmônicas entre si. E é dirigente, visto que ela apresenta diversas disposições preceituando programas, fins e objetivos a serem perseguidos pelos poderes estatais<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 48; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 71-74; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 268; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 628-632. No mesmo sentido, vide: LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. Op. Cit. p. 131-134: o autor ressalta a titularidade coletiva nos direitos de terceira dimensão, cotejando-os com os de primeira e segunda dimensões, tidos como de titularidade individual. Vide, ainda: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 569-570.

<sup>144</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 49.

<sup>145</sup> Alguns autores entendem que há mais dimensões de direitos fundamentais. Nesse sentido, vide: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 570-573 e 579-593. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 50-52.

<sup>146</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 64-65.

Dentre as inovações trazidas pela nova ordem constitucional, cita-se a “situação topográfica dos direitos fundamentais”, cuja posição logo no início traduz sua consideração como valores supremos do ordenamento, além de serem parâmetros para a interpretação. Ainda, os direitos fundamentais sociais foram previstos dentro do rol dos direitos fundamentais, ao passo que anteriormente eles situavam-se em capítulos referentes às ordens econômica e social<sup>147</sup>. Ademais, as previsões de aplicabilidade imediata (artigo 5º, § 1º) e de abertura (artigo 5º, § 2º), relativas aos direitos fundamentais, são de suma magnitude para questões envolvendo o seu reconhecimento e efetivação. Enfim, o reconhecimento de que tais direitos representam limitações materiais ao poder reformador (cláusulas pétreas)<sup>148</sup>.

A Constituição de 1988 instaurou um verdadeiro sistema de direitos fundamentais. Isto porque os direitos fundamentais são vistos como “concretizações” do princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, tal sistema não pode ser visto como um sistema “autônomo e fechado”, mas sim como um sistema aberto e flexível, dada a cláusula de abertura contida no artigo 5º, § 2º, da Carta Magna.

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana fala-se em unidade do sistema de direitos fundamentais<sup>149</sup>. Essa unidade é, todavia, é decorrente de uma coexistência que necessita da harmonização ou concordância prática<sup>150</sup>, prevalecendo, em caso de colisão de direitos, aquele que mais se aproximar da concretização do princípio da dignidade humana,

<sup>147</sup> Na Constituição de 1946, por exemplo, o Título IV tem a epígrafe *Da Declaração de Direitos*, sendo o Capítulo II constituído pelos *Direitos e Garantias Individuais* (artigos 141 a 144), tendo o Título V a epígrafe de *Ordem Econômica e Social* (artigos 145 a 162). Para o texto completo, vide: BRASIL. **Constituição (1946)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2011, 12:27:10.

Já na Constituição de 1967, o Título II tem a epígrafe *Da Declaração de Direitos*, sendo o Capítulo IV dedicado aos *Direitos e Garantias Individuais* (artigos 150 e 151). Por seu turno, o Título III refere-se à *Ordem Econômica e Social* (artigos 157 a 166). Para o texto completo, vide: Id. **Constituição (1967)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2011, 12:34:17.

Por fim, a Emenda Constitucional n. 01/69, que reformou praticamente toda a Constituição de 1967, em seu Título II prevê a *Declaração de Direitos* (artigos 145 a 154) e o Título III tem a epígrafe *Da Ordem Econômica e Social* (artigos 160 a 174). Para o texto completo, vide: Id. **Constituição (1967)**. Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2011, 12:39:25.

<sup>148</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 66-67.

<sup>149</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **A colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Op. Cit. p. 66-69. De forma mais detalhada, sobre a unidade dos direitos fundamentais, vide: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Op. Cit. p. 97-112; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V. IV. Op. Cit. p. 180-195.

<sup>150</sup> Sobre o princípio da concordância prática, vide: HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 113-115.

que constitui o núcleo essencial desse sistema de direitos fundamentais<sup>151</sup>.

Prosseguindo, o sistema de direitos fundamentais instaurado pela Constituição Federal de 1988 não pode ser visto como um sistema “autônomo e fechado”, mas sim como um sistema aberto e flexível, dada a cláusula de abertura contida no artigo 5º, § 2º, da Carta Magna.

Cabe, então, uma análise mais detalhada da cláusula de abertura dos direitos fundamentais, ou seja, do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, *verbis*<sup>152</sup>:

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:

(...).

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O texto do citado § 2º aponta para a existência de um “conceito material” de constituição e, sobretudo, de direitos fundamentais, ou seja, direitos cujo conteúdo indica o seu pertencimento à estrutura básica do Estado e da sociedade, ainda que não constem expressamente do catálogo de direitos fundamentais estabelecido pela ordem constitucional<sup>153</sup>.

Destarte, podem-se cogitar duas espécies de direitos fundamentais: os direitos formal e materialmente fundamentais e os direitos apenas materialmente fundamentais.

No primeiro sentido, citam-se os direitos fundamentais de primeira dimensão, logo, os direitos ditos individuais, aquelas posições relativas à tutela do indivíduo em face de interferências estatais. Ainda, os direitos fundamentais denominados de segunda dimensão, que demandam uma atuação positiva por parte do Estado, também integram o âmbito dos

---

<sup>151</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 72.

<sup>152</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Op. Cit.

<sup>153</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 78-79.

direitos formal e materialmente fundamentais<sup>154</sup>.

É importante lembrar que vários dos aludidos direitos de primeira e de segunda dimensão foram expressamente previstos no texto constitucional como “direitos e garantias fundamentais” (Título II), sendo que este Título foi estruturado em cinco capítulos: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, “Dos Direitos Sociais”, “Da Nacionalidade”, “Dos Direitos Políticos” e “Dos Partidos Políticos”.

Portanto, os direitos previstos em todos os mencionados capítulos do Título II da Constituição Federal de 1988 são direitos fundamentais sob ambos os aspectos, o formal e o material.

Mas não somente eles. Mais adiante será visto que há direitos fundamentais positivados na Constituição, mas que não constam do catálogo referido no Título II, sendo considerados, mesmo assim, como direitos formal e materialmente fundamentais.

Antes, porém, voltando ao assinalado artigo 5º, § 2º, considerado como cláusula de abertura dos direitos fundamentais, pode-se dizer que há dois grupos de direitos fundamentais: os “direitos expressamente positivados” e os “direitos fundamentais não-escritos”, assim entendidos os que não foram expressamente preceituados no direito constitucional ou internacional. Deste modo, pode-se dizer que:

No que concerne ao primeiro grupo, não existem maiores dificuldades para identificar a existência de duas categorias distintas, quais sejam, a dos direitos expressamente previstos no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional (direitos com *status* constitucional material e formal), bem como os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais e que igualmente foram expressamente positivados. Já no que concerne ao segundo grupo, podemos distinguir também duas categorias. A primeira constitui-se dos direitos fundamentais implícitos, no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (aproximando-se da noção atribuída por J. A. da Silva), ao passo que a segunda categoria corresponde aos direitos fundamentais que a própria norma contida no art. 5º, § 2º, da CF denomina de direitos decorrentes do regime e dos princípios<sup>155</sup>.

No que tange à aceitação ou não da existência de direitos fundamentais legais,

---

<sup>154</sup> Ibid., p. 64-67.

<sup>155</sup> Ibid., p. 87.

devido à cláusula de abertura outrora mencionada, há controvérsia da doutrina a respeito. Pode-se afirmar, no entanto, que, de forma geral, a legislação infraconstitucional pode estabelecer direitos que refletem uma explicitação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, citando-se de forma elucidativa os direitos da personalidade, previstos no Código Civil de 2002, que remetem ao direito geral de liberdade e também à dignidade humana<sup>156</sup>.

De qualquer sorte, para se chegar a uma concepção material de direitos fundamentais deve-se ter em conta que os direitos a serem equiparados aos fundamentais devem ser revestidos de “substância (conteúdo)” e magnitude tais que possam ser comparados aos direitos fundamentais previstos no catálogo constitucional<sup>157</sup>.

Assim sendo, está-se diante de dois critérios para a aferição da *fundamentalidade* material de direitos não formalmente fundamentais: o conteúdo e a importância.

O último dos critérios dependerá da avaliação a ser feita pelo intérprete em consonância com o “sentido jurídico dominante”<sup>158</sup>.

Já em relação à substância ou conteúdo, devem ser feitas algumas considerações mais pormenorizadas.

O artigo 5º, § 2º, da Carta Magna estabelece, conforme visto alhures, que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros *decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (grifou-se).

Cabe uma delimitação das expressões *regime e princípios*. Nesse sentido, pode-se dizer que estas expressões referem-se ao disposto no Título I da Constituição de 1988, que estabelece os “Princípios Fundamentais” da República Federativa do Brasil, traçando os contornos do Estado Democrático de Direito brasileiro<sup>159</sup>.

Ainda no que concerne ao conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, a doutrina entende que a análise do direito a ser considerado materialmente fundamental deve ser feita com base no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme já visto alhures. Ou seja, aponta-se para um estreito liame entre o princípio da dignidade humana e

---

<sup>156</sup> Ibid., p. 88-89.

<sup>157</sup> Ibid., p. 91.

<sup>158</sup> Ibid., p. 93.

<sup>159</sup> Ibid., p. 93-94.

os direitos fundamentais<sup>160 161</sup>.

<sup>160</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Op. Cit. **Art. 1º**. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: 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. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. **Art. 2º**. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. **Art. 3º**. 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; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. **Art. 4º**. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

<sup>161</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 95; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Op. Cit. Capítulo III; FARIAS, Edilson Pereira de. **A colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Op. Cit. p. 59-68. Para a concepção de que a dignidade humana é o núcleo essencial dos direitos humanos, vide: COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 39 e 56. Sobre essa relação entre dignidade humana e direitos fundamentais, vide: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o princípio da dignidade humana**. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. Op. Cit. p. 141-154; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. Op. Cit. p. 155-186; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª. Ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 77-98; BARBOSA, Ana Paula Costa. A Legitimação Moral da Dignidade Humana e dos Princípios de Direitos Humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Op. Cit. p. 137-168. A dignidade da pessoa é fundamento da República e fim da ordem econômica: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. Op. Cit. p. 237-240; SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. Op. Cit. p. 135-144. Para estudos mais detalhados a respeito da dignidade humana, vide: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; MELO, Claudinei de. O Valor Supremo da Dignidade Humana. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto e MELO, Claudinei de. **Direitos Humanos, Democracia e República**: Homenagem a Fábio Konder Comparato. Op. Cit. p. 277-300; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Abertura Material do Catálogo de Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988: Algumas Aproximações. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto e MELO, Claudinei de (Orgs.). **Direitos Humanos, Democracia e República**: Homenagem a Fábio Konder Comparato. Op. Cit. p. 521-548; POISSON, Jean-Frédéric. **La Dignité Humaine**. Bordeaux, 2004; PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanzola. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais: a Dignidade da Pessoa Humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 355-398; FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. **O Papel do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988**. 2006. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006; PONTIER, Jean-Marie (Coord.). **La Dignité**. Aix-en-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2003; ALBRECHT, Sofia Mentz. **A Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Ordem Constitucional**. 2006. 228 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006; NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Op. Cit. p. 51-100: nessa obra o autor traz arestos da Suprema Corte Portuguesa envolvendo a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Op. Cit. p. 135-179. Para outros estudos a respeito da dignidade humana, vide: FERRAZ, Anna Candida da Cunha e BITTAR, Eduardo C. B. (Orgs.). **Direitos Humanos Fundamentais**: Positivção e Concretização. Osasco: EDIFIEO, 2006. p. 35-66; 183-196; 217-242; ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (Orgs.).

Sobre o princípio da dignidade humana podem ser aludidos três aspectos: o significado e a substância ou conteúdo; sua caracterização como norma jurídica; e, por fim, sua posição no contexto da abertura material dos direitos fundamentais.

A dignidade humana foi prevista como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III), do que se depreende que o Estado deve atuar como um “instrumento” na busca pela efetivação deste direito, ou seja, da existência digna<sup>162</sup>.

A dignidade da pessoa humana é, assim, considerada como princípio fundamental, como o ponto de confluência dos direitos fundamentais, sendo imperativo, destarte, reconhecer o caráter aberto do sistema de direitos fundamentais. Isto porque os direitos que remetem ao referido princípio podem ser considerados fundamentais, ao menos materialmente, mesmo que não o sejam formalmente<sup>163</sup>.

Aliás, esse ponto reporta à ideia de *fundamentalidade* material, já vista acima, porquanto a dignidade humana condiz com o conteúdo, a matéria, a substância do direito, funcionando como critério identificador de um direito materialmente fundamental. Com efeito, representando um direito a concretização do princípio da dignidade humana ele será considerado como direito fundamental, ao menos materialmente.

No que concerne ao conceito de dignidade humana<sup>164</sup>, a doutrina costuma utilizar o conceito de dignidade a partir de KANT. Para o filósofo alemão no “reino dos fins” tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando há um preço, diz-se que pode haver substituição por um equivalente, caso contrário, fala-se em dignidade. Mais especificamente, o homem por ter dignidade constitui um fim em si mesmo e não um meio, não podendo ser usado por ninguém como instrumento ou como objeto<sup>165</sup>.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana é algo inerente ao ser humano,

**Dignidade da Pessoa Humana:** Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>162</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 98.

<sup>163</sup> Sobre o caráter aberto do sistema de direitos fundamentais, vide: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Op. Cit. p. 244-246. Sobre a relação entre a dignidade humana e a abertura material dos direitos fundamentais, vide: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Op. Cit. p. 98-109

<sup>164</sup> Sobre a dignidade da pessoa humana como supremo modelo ético, vide: COMPARATO, Fábio Konder. **Ética:** direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 478-481.

<sup>165</sup> KANT, Immanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. In: **Os Pensadores.** Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 140-141; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Op. Cit. p. 32-33; COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** Op. Cit. p. 33-34; COMPARATO, Fábio Konder. **Ética:** direito, moral e religião no mundo moderno. Op. Cit. p. 297.

decorrente de sua condição humana, sendo irrenunciável e inalienável, devendo ser respeitada e promovida pelo Estado. Isto porque ao ser humano deve ser assegurado tratamento não discriminatório ou arbitrário, não se admitindo a interferência estatal injustificada na vida do cidadão. Nesse aspecto, tem-se a dignidade sob um prisma negativo, de abstenção, de garantia do direito de liberdade em seus mais diversos aspectos. Por outro lado, cabe também ao Estado a promoção da dignidade humana, garantindo “condições mínimas para uma existência digna”<sup>166</sup>.

Caracteriza-se a dignidade da pessoa humana como norma jurídica, aliás, como princípio fundamental (artigo 1º, inciso III). Assim, não se pode dizer que a dignidade humana é preceito meramente ético ou moral, mas sim que possui *status* de norma constitucional, devendo ser provida de eficácia no plano material. Concebe-se o princípio da dignidade humana como o de maior hierarquia axiológico-valorativa<sup>167</sup>.

Ainda no que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana, saliente-se sua correlação com os direitos fundamentais, reputando-se estes como concretizações e *densificações* do referido princípio da dignidade humana<sup>168</sup>.

Nesse ínterim, podem ser aludidos, por exemplo, como concretizações da dignidade humana, os direitos à vida, à liberdade e à igualdade. Mas não somente eles:

Saliente-se, neste contexto, que outros princípios fundamentais podem ser considerados como exigências da dignidade do indivíduo. Assim ocorre, a toda evidência, com o princípio democrático (art. 1º, *caput*), o da soberania popular (art. 1º, parágrafo único), o do pluralismo político (art. 1º, inc. V), bem assim com o princípio do Estado de Direito (art. 1º, *caput*), por sua vez concretizados em outras normas constitucionais, inclusive no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, como se verifica pelos exemplos do direito de sufrágio, de voto, pelo direito de portar a nacionalidade brasileira, de ser titular de direitos políticos, na inafastabilidade do controle judiciário, nas garantias processuais, etc. O mesmo se aplica aos diversos princípios como, por exemplo, os valores

<sup>166</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 103-104.

<sup>167</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 105. Para o entendimento acerca da prevalência do princípio da dignidade humana em face de outros, vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 96-97 e 111-112.

<sup>168</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 109. Sobre essa relação entre dignidade humana e direitos fundamentais, vide: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Op. Cit. p. 77-98; FARIAS, Edilsom Pereira de. **A colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Op. Cit. p. 66-68.

sociais do trabalho e da livre iniciativa [art. 1º, inc. IV], os objetivos fundamentais da construção de uma sociedade justa, livre e solidária [art. 3º, inc. I] ou da erradicação da pobreza e da marginalização [art. 3º, inc. III], que consagram, entre nós, a concepção do Estado social e aos quais podem ser reportados os direitos fundamentais sociais, sem que se desconsidere a vinculação entre estes e a garantia de uma vida digna, com liberdade e igualdade reais. Não deveria haver, por exemplo, qualquer resquício de dúvida no que concerne à importância do direito à saúde, à assistência e previdência social, à educação, tanto para o efetivo gozo dos direitos de vida, liberdade e igualdade, quanto para o próprio princípio da dignidade da pessoa humana<sup>169</sup>.

Como dito outrora, há direitos fundamentais positivados na Constituição, mas que não constam do catálogo referido no Título II, sendo considerados, mesmo assim, como direitos formal e materialmente fundamentais.

De forma elucidativa, poderiam ser citados, no âmbito dos chamados direitos de defesa, os seguintes: igualdade no acesso a cargos públicos (artigo 37, inciso I), direito de livre associação sindical concedido aos servidores públicos (artigo 37, incisos VI e VII), a estabilidade dos servidores (artigo 41), a iniciativa popular legislativa (artigo 61, § 2º c/c artigo 14, inciso III), a publicidade e fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX), as limitações ao poder de tributar (artigo 150, incisos I a VI), entre outras<sup>170</sup>.

Já no que tange aos direitos de cunho *prestacional* existentes fora do catálogo (Título II), podem ser mencionados: acesso gratuito a transportes públicos para pessoas idosas (artigo 230, § 2º), proteção do meio ambiente (artigo 225), previdência social e aposentadoria (artigos 201 e 202), assistência social (artigo 203), saúde (artigo 196), educação (artigo 205), direitos culturais (artigo 215), proteção da família (artigo 226), proteção das crianças e adolescentes (artigo 227)<sup>171</sup>.

**42.** Enfim, no que concerne ao conceito material de direitos fundamentais cabem algumas considerações acerca dos direitos previstos em tratados internacionais.

Convém lembrar que o artigo 5º, § 2º, da Carta Magna estabelece que os direitos adotados pela ordem constitucional não excluem outros que decorram de “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

---

<sup>169</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 110.

<sup>170</sup> Ibid., p. 117.

<sup>171</sup> Ibid., p. 118.

Primeiramente, há que identificar o termo “tratado” como sendo o gênero dos instrumentos normativos internacionais, sendo suas espécies as “convenções” e os “pactos”<sup>172</sup>.

Nesse sentido, poderiam ser aludidos, de forma exemplificativa, os já mencionados Pactos de Direitos Humanos da ONU (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos da OEA (1969), que foram ratificados pelo Brasil, além, ainda, da outrora aludida Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), que serviu de inspiração para as constituições democráticas que a sucederam<sup>173</sup>.

Em relação à incorporação ao direito interno dos tratados internacionais pode-se dizer que há duas teorias: a primeira, chamada de *monista*, entende que os tratados que versam sobre direitos humanos incorporam-se imediatamente ao direito interno por força do disposto no artigo 5º, §§ 1º e 2º, da CF, dependendo tão-somente da ratificação; para a teoria *dualista* os tratados somente passam a ser considerados como direito interno a partir de sua aprovação pelo Poder Legislativo<sup>174</sup>.

Outro ponto importante a ser ressaltado condiz com a posição hierárquica assumida pela norma decorrente de tratado internacional internalizado que verse sobre direitos humanos.

Em decorrência da cláusula de abertura dos direitos fundamentais contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, há de se entender que os direitos decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos são materialmente fundamentais, não obstante não tenham sido expressamente positivados pela Lei Maior. Tais direitos devem, portanto, ter o mesmo *status* dos direitos fundamentais formal e materialmente constitucionais, sob pena

---

<sup>172</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 119. Sobre o direito dos tratados, vide: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª. Ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Capítulo V.

<sup>173</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 119-120. Em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos deve-se atentar para o fato de que ela não é formalmente um tratado e sim uma resolução, mas que deve ser levada a efeito nessa seara em decorrência de sua magnitude para todas as constituições democráticas que a sucederam e que estabeleceram direitos fundamentais. Acerca da força jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos, vide: COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Op. Cit. p. 238-240; BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights in a nutshell**. Op. Cit. p. 29-32.

<sup>174</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 122-123. Vide, ainda: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. Op. Cit. p. 29-58; PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Op. Cit. Parte I, Capítulo IV (p. 43-110): a autora defende que o sistema brasileiro de incorporação de tratados internacionais na ordem jurídica interna é misto: no caso de tratados internacionais sobre direitos humanos vigora a teoria monista, ao passo que para aos demais tratados aplicar-se-ia a concepção dualista.

de se desvirtuar o preceito contido no mencionado artigo 5º, § 2º<sup>175</sup>.

Adotando-se esse entendimento, ou seja, da paridade entre estes direitos fundamentais, há de se conceber a aplicabilidade imediata a todos eles, inclusive os decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos, em observância ao disposto no artigo 5º, § 1º, da Carta Magna<sup>176</sup>.

Considerando-se tais pontos, deve-se salientar, por oportuno, que em caso de colisão de direitos fundamentais deverá ser buscada uma harmonização, mediante a utilização dos princípios da proporcionalidade e concordância prática, adotando-se a interpretação que mais se coadune com a efetivação do princípio da dignidade humana<sup>177</sup>.

Há que se mencionar, ainda, o acréscimo do § 3º ao artigo 5º, em virtude da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, *verbis*: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”<sup>178</sup>.

À primeira vista, pode-se entender que esse dispositivo enfraqueceu a concepção acima retratada de que os direitos decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos seriam incorporados na ordem interna como direitos fundamentais, ou seja, com *status* constitucional. Por outro lado, representariam um avanço frente à então posição restritiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que considerava que tais tratados eram recepcionados com hierarquia infraconstitucional<sup>179</sup>.

Entretanto, pode-se também entender, o que parece mais razoável, que, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, a incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna deve respeitar um procedimento mais rigoroso, tal qual o das reformas constitucionais, tendo, destarte, hierarquia constitucional expressamente

<sup>175</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 123.

<sup>176</sup> *Ibid.*, loc. cit..

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>178</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011, 12:43:10.

<sup>179</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 128-129.

reconhecida<sup>180</sup>.

#### 2.4.5. *As perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais*

43. Diz-se que as normas de direitos fundamentais podem assegurar direitos subjetivos ou podem impor deveres objetivos<sup>181</sup>.

44. No primeiro caso, entende-se que a norma que garante um direito subjetivo assegura ao seu titular uma posição de exigência da prática de um determinado ato ou conduta em relação a um destinatário, que deve cumpri-lo<sup>182</sup>. Como exemplo, cita-se o direito à vida, mediante o qual se garante ao seu titular o direito perante o Estado de não ser morto por ele, assim como este deve abster-se de atentar contra a vida daquele; e, ainda, nesse contexto, este direito é oponível a terceiros (outros indivíduos) que têm a obrigação de se absterem de praticar atos que atentem contra a vida do titular do direito<sup>183</sup>.

Os direitos fundamentais como direitos subjetivos podem ser classificados em direitos a atos negativos e direitos a ações positivas.

Os direitos a atos negativos são vistos sob três aspectos: “direito ao não impedimento” por parte do Estado em relação a alguns atos (artigo 37º/2, CRP<sup>184</sup>); “direito

---

<sup>180</sup> Ibid., p. 130-137.

<sup>181</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Op. Cit. p. 113-117; LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Op. Cit. p. 19-29; NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 59-125; STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro**. Op. Cit. p. 123-131; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 299-302; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Op. Cit. p. 50-56.

<sup>182</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. p. 152; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1254. Vide, ainda: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Op. Cit. p. 117-142; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 117-118.

<sup>183</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1254. O autor cita o artigo 24º, da Constituição da República Portuguesa, *verbis*: Artigo 24.º (Direito à vida): 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte. PORTUGAL. **Constituição (1976)**. Lei Constitucional n. 1/82, de 30 de setembro (Primeira Revisão). Op. Cit. Vide, ainda, no mesmo sentido: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Op. Cit. p. 232-238.

<sup>184</sup> PORTUGAL. **Constituição (1976)**. Lei Constitucional n. 1/82, de 30 de setembro (Primeira Revisão). Op. Cit. Art. 37.º (Liberdade de expressão e informação): 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

a não intervenção” dos entes estatais em dadas situações jurídicas (artigo 34º/4, CRP<sup>185</sup>); e o “direito à não eliminação de posições jurídicas” (artigo 62º/1, CRP<sup>186</sup>)<sup>187</sup>.

Por seu turno, os direitos subjetivos como direitos a ações positivas referem-se a direitos dos indivíduos em face do Estado, a fim de que este pratique atos materiais (organização da segurança social) ou normativos (normas penais objetivando-se a proteção do direito à vida)<sup>188</sup>.

Conclui-se, neste ponto, que

de modo geral, é possível afirmar que este espectro de variações no que concerne ao objeto do direito subjetivo (fundamental) se encontra vinculado aos seguintes fatores: a) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; b) a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais; c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas conexas, no sentido de poderem conter direitos, faculdades, pretensões e poderes da mais diversa natureza e até mesmo pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários<sup>189</sup>.

45. Já as normas que atribuem deveres objetivos não possuem um titular concreto. Elas não garantem um direito subjetivo. Para elucidar, pode-se mencionar o dever do Estado de organizar e sustentar um sistema de segurança social, sendo, assim, um caso de imposição de dever objetivo sem o correspondente sujeito titular respectivo<sup>190</sup>.

<sup>185</sup> Ibid. Art. 34.º (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência): 4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

<sup>186</sup> Ibid. Art. 62.º (Direito de propriedade privada): 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

<sup>187</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1258-1259.

<sup>188</sup> Ibid., p. 1259.

<sup>189</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 152-153.

<sup>190</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Op. Cit. p. 142; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 118-131. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1254. O autor cita o artigo 63º/2, da Constituição da República Portuguesa, *verbis*: Artigo 63.º (Segurança social e solidariedade): 2. Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários. PORTUGAL. **Constituição (1976)**. Lei Constitucional n. 1/82, de 30 de setembro (Primeira Revisão). Op.

Essa perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais foi desenvolvida pela doutrina alemã, baseada na Constituição de Weimar e, sobretudo, na Lei Fundamental de 1949. Cita-se como paradigmática, nesse contexto, a decisão do caso LÜTH<sup>191</sup>, por meio da qual se consignou que os direitos fundamentais não se restringem à garantia de direitos subjetivos aos indivíduos, mas também que contêm “decisões valorativas” de natureza objetiva, estabelecendo preceitos vinculativos para os órgãos estatais<sup>192</sup>.

Segundo ALEXY, três ideias podem ser extraídas da decisão do aludido caso LÜTH: a primeira refere-se ao fato de que os direitos individuais não representam tão-somente garantia de defesa do cidadão perante o Estado, sendo que os direitos constitucionais refletem também uma “ordem objetiva de valores”; a segunda, que é consequência da primeira, concerne ao fato de que, se os direitos fundamentais são também uma “ordem objetiva de valores”, eles devem ser aplicados a todas as áreas do Direito, tendo, pois efeitos “irradiantes”; por fim, alude à questão da colisão de princípios e da sua resolução por meio do balanceamento, ideia esta que já foi desenvolvida neste trabalho, não cabendo, nesta oportunidade, maiores referências<sup>193</sup>.

Destarte, o aspecto objetivo representa um reforço de normatividade dos direitos fundamentais, visto que estes não se limitam a assegurar posições jurídicas subjetivas, mas,

---

Cit. No mesmo sentido, vide: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Op. Cit. p. 239-244; HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 35-40.

<sup>191</sup> O caso LÜTH é considerado um dos mais (senão o mais) importante do constitucionalismo alemão ocorrido após a 2ª Guerra Mundial. Em síntese, ele se refere ao boicote promovido por Eric Lüth ao filme “Amada Imortal”, dirigido por Veit Harlan. Ocorre que este último havia sido o principal produtor de filmes para o regime nazista alemão, tendo sido responsável pela divulgação de ideias nazistas, sobretudo com o filme “Jud Süß”, tendo sido considerado uma das piores representações de judeus no cinema. Por influência de Lüth, que presidia o Clube de Imprensa, vários veículos de imprensa alemães decidiram boicotar o filme, que acabou sendo um fracasso de público. Em decorrência disso tudo, Harlan e seus empresários que haviam investido no filme resolveram acionar Lüth na Justiça, alegando que ele havia violado dispositivo do Código Civil Alemão referente à responsabilidade civil (quem causa um dano a outrem deve cessar o ato danoso e reparar os prejuízos). Harlan venceu em todas as instâncias ordinárias, tendo sido derrotado na Corte Constitucional. Nesse julgado foram desenvolvidos três aspectos dos direitos fundamentais: a concepção objetiva; a eficácia horizontal; e a ponderação em caso de colisão de direitos. MARMELSTEIN, George. **50 Anos do Caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 18 mar. 2011, 14:55:07.

<sup>192</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 143. Sobre o caso LÜTH, vide: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado** [Grundrechte und Privatrecht]. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, Reimpr. Ed. Julho de 2003. p. 43 e seq.; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 263-279.

<sup>193</sup> ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio Juris**, Oxford: Blackwell, v. 16, n. 2, jun. 2003. p. 131-140. Sobre a eficácia irradiante e a horizontal, vide: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 147-148.

igualmente, a determinar conteúdos normativos aplicáveis no âmbito de todo o ordenamento jurídico<sup>194</sup>.

Com efeito, pode-se dizer que

como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar<sup>195</sup>.

Fala-se, ainda no contexto objetivo, que os direitos fundamentais possuem uma eficácia dirigente, no sentido de prescreverem ao Estado a obrigação diuturna de sua (dos direitos fundamentais) “concretização e realização”<sup>196</sup>.

Ressalta-se, ainda nesse contexto, a denominada *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais, implicando que os valores que fundamentam os direitos fundamentais propagam-se por toda a ordem jurídica, determinando a interpretação das normas jurídicas e agindo como linhas diretivas para o administrador, o legislador e o juiz. Em decorrência da aludida eficácia irradiante, as normas infraconstitucionais hão de ser interpretadas à luz da concepção de direitos fundamentais<sup>197</sup>.

Ademais, os direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva possuem aproximação com a figura jurídica das chamadas “garantias institucionais”. Deste modo, diz-se que há determinadas “instituições” (relativas a direito público) e “institutos” (pertinentes ao direito privado) que merecem tutela especial em face de atos legislativos<sup>198</sup>.

---

<sup>194</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 145.

<sup>195</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>196</sup> Ibid., p. 146.

<sup>197</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 124-125.

<sup>198</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 148; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Op. Cit. p. 142-145; FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil** [Diritti e garanzie. La legge dei deboli]. Tradução Andrés Ibañez y Andrea

Prosseguindo, fala-se, outrossim, em deveres de proteção por parte do Estado, significando que incumbe a ele (Estado) zelar pela observância, mais precisamente, pelo resguardo dos direitos fundamentais em relação a atos dos poderes públicos, em relação aos particulares, e, até mesmo, em relação a outros Estados<sup>199</sup>.

#### 2.4.6. *Funções exercidas pelos direitos fundamentais*

46. Em relação às funções exercidas pelos direitos fundamentais, ressaltam-se: os direitos fundamentais como direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações, sendo que esta se subdivide em direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito. Por fim, os direitos a prestações em sentido amplo se classificam em direitos a proteção e direitos à participação na organização e procedimento.

47. Entre os direitos fundamentais como direitos de defesa relacionam-se os tradicionais direitos de liberdade, que se referem à limitação do poder estatal em face da autonomia do indivíduo. Nesse sentido, fala-se em uma perspectiva objetiva, significando normas de competência negativa para os poderes estatais, a fim de evitar interferências indevidas na esfera individual. Além, também, da perspectiva subjetiva, porquanto se confere ao indivíduo o poder de exigir judicialmente a efetivação de seu direito em face do destinatário<sup>200</sup>.

Ainda, podem ser inseridos nesta categoria os direitos de igualdade, também chamados de liberdades sociais, visto que asseguram ao indivíduo uma esfera de proteção da igualdade pessoal, não devendo o indivíduo ser submetido a situações de tratamento

---

Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p. 59-65; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. v. IV. Op. Cit. p. 72-76. Sobre a concepção de garantias constitucionais em cotejo com as chamadas garantias institucionais, estas vinculadas à perspectiva jurídico-objetiva de direitos fundamentais, vide: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 525-559.

<sup>199</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 149; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Op. Cit. p. 145-150.

<sup>200</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 168-169; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 407-408; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 289-290. De forma mais específica e detalhada, sobre os direitos de liberdade, vide: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Op. Cit. p. 290-329; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Op. Cit. p. 109-112.

discriminatório, o que faz aparecer o direito subjetivo de defesa em face deste tipo de agressão a direito pertinente à igualdade<sup>201</sup>.

Nesse contexto, cumpre frisar que os direitos fundamentais individuais e coletivos, constantes do artigo 5º e seus 77 incisos, representam os denominados direitos de liberdade, tendo, pois, função de direitos de defesa, ressaltando-se a existência no seu catálogo de direitos individuais com dimensão social (direito de propriedade e sua função social) e, ainda, direitos a prestações (direito de acesso à Justiça)<sup>202</sup>.

No que concerne aos direitos sociais, destaca-se que há os direitos sociais no sentido de direitos a prestações (saúde, educação, assistência social), mas também existem os direitos com função de defesa, como se dá com vários dos direitos assegurados aos trabalhadores (artigos 7º a 11, da CF/88), dado que densificam posições jurídicas relativas à igualdade e, igualmente, tutelam os titulares em face de interferências indevidas por parte dos entes estatais e dos particulares. Citam-se, elucidativamente, os direitos à limitação da jornada de trabalho (artigo 7º, incisos XIII e XIV), de vedação da discriminação (artigo 7º, incisos XXX a XXXIII), à associação sindical (artigo 8º), de greve (artigo 9º), dentre outros<sup>203</sup>.

Podem ser inseridos na função de direitos de defesa, outrossim, os direitos da nacionalidade e da cidadania. Não se descarta que tais direitos possuem uma função *prestacional*, contudo, também não se deve refutar que eles apresentam um aspecto de defesa<sup>204</sup>.

Com efeito, os direitos da nacionalidade (artigos 12 e 13) apresentam estreito vínculo com os direitos de cidadania (artigos 14 a 16) e os preceitos alusivos aos partidos políticos (artigo 17). Esses direitos relacionam-se intimamente com os direitos de liberdade (reunião, associação, imprensa), sendo fundamentais para a efetivação da ordem democrática, tendo, pois, função preponderante de defesa<sup>205</sup>.

---

<sup>201</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 169. Sobre a função de não discriminação dos direitos fundamentais, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 409-410; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 290-291. De forma mais específica e detalhada, sobre os direitos de igualdade, vide: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Op. Cit. p. 330-338.

<sup>202</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 172.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 173-174.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 175-178.

Enfim, nesta categoria de direitos fundamentais como direitos de defesa, podem-se mencionar as garantias fundamentais da Constituição de 1988.

A doutrina nacional reputa que as garantias possuem um papel “instrumental” no que concerne aos direitos fundamentais, porquanto as primeiras visam à tutela e à efetivação dos últimos, legitimando ações do Poder Público no sentido da preservação de tais direitos<sup>206</sup>.

Assim,

o que é importante consignar é que estas garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes<sup>207</sup>.

Entre as garantias fundamentais podem ser mencionados os direitos-garantia, que são, de fato, verdadeiros direitos subjetivos. Nesse sentido, citam-se os remédios constitucionais (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança), que possibilitam que o indivíduo ajuíze ações voltadas à tutela de sua esfera privada em face de condutas abusivas e indevidas ingerências contra direitos fundamentais<sup>208</sup>.

Ainda, há as chamadas garantias institucionais, que visam resguardar instituições de direito público e institutos de direito privado contra quaisquer tipo de práticas infringentes do legislador infraconstitucional. Como garantias institucionais aludem-se aos partidos políticos (artigo 17), ao sistema de seguridade social (artigo 194) e à proteção da família (artigo 226)<sup>209</sup>.

**48.** Na categoria dos direitos fundamentais com função de direitos a prestações inserem-se as posições jurídicas concernentes à conformação da “liberdade por intermédio do Estado”, referindo-se, em síntese, aos direitos fundamentais cuja efetivação depende da

---

<sup>206</sup> Ibid., p. 179; FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Op. Cit. p. 59-65; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. v. IV. Op. Cit. p. 72-76. Sobre a concepção de garantias constitucionais em cotejo com as chamadas garantias institucionais, estas vinculadas à perspectiva jurídico-objetiva de direitos fundamentais, vide: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 525-559.

<sup>207</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. p. 179.

<sup>208</sup> Ibid., p. 180.

<sup>209</sup> Ibid., p. 181. Sobre a concepção de garantias constitucionais em cotejo com as chamadas garantias institucionais, estas vinculadas à perspectiva jurídico-objetiva de direitos fundamentais, vide: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 525-559.

atuação positiva do ente público. Nesse contexto, ressaltam-se as “prestações de natureza jurídica e material”<sup>210</sup>.

Para os efeitos deste estudo, os direitos a prestações serão subdivididos em direitos a prestações em sentido amplo, que abrangem os direitos a proteção e os direitos à participação na organização e procedimento (prestações normativas), e os direitos a prestações em sentido restrito (prestações materiais)<sup>211</sup>.

Assim, definem-se os direitos a proteção (prestação em sentido amplo) como sendo as posições que asseguram aos titulares dos direitos a possibilidade de exigirem do Estado que este o tutele de interferências alheias em determinados “bens pessoais”. Há uma interligação desta função com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que se refere a normas que prescrevem obrigações ao ente estatal no sentido da efetivação de tais direitos

Neste contexto, impõe-se que relembremos aqui a aceitação da idéia de que ao Estado, em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbe zelar — inclusive em caráter preventivo — pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados, dever este que, por sua vez, desemboca na obrigação de adotar medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais<sup>212</sup>.

Já os direitos à participação na organização e procedimento (ainda, prestações em

<sup>210</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 185; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 408-409; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 291-299; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Op. Cit. p. 112-115.

<sup>211</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 444. Subdivisão esta que é aceita na doutrina, conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 187.

<sup>212</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 190. De forma mais detalhada, sobre os direitos fundamentais como direitos a proteção, vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 450-470. Vide, ainda: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 409; HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Op. Cit. p. 278-287; HESSE, Konrad. **Significado dos direitos fundamentais**. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 55-57; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Op. Cit. p. 129-138. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Op. Cit. p. 86-95.

sentido amplo), igualmente atrelados à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, aludem ao fato de existirem casos em que sem a participação na organização e procedimento não se chega a um “resultado conforme aos direitos fundamentais e de assegurar a sua eficácia”<sup>213</sup>.

Refere-se esta função à utilização de instrumentos para a garantia de posição ativa da população na tomada de decisões políticas (aspecto democrático), como o plebiscito e o referendo, por exemplo, além de produção de atos normativos voltados à estruturação de órgãos e à criação de mecanismos direcionados à efetiva participação na organização e procedimento. Podem ser aludidos, de forma elucidativa, ao direito dos partidos ao fundo partidário e ao acesso à propaganda gratuita nos meios de comunicação (artigo 17, § 3º), como forma de assegurar a participação no processo democrático<sup>214</sup>.

Enfim, os direitos a prestações em sentido restrito são pertinentes aos direitos sociais de natureza *prestacional*. Por meio de tais direitos objetiva-se a efetivação da equalização das condições sociais por intermédio de uma atuação positiva pelo Estado. São direitos atinentes à concretização do princípio da igualdade (em sentido material), dirigidos à consecução da justiça social<sup>215 216</sup>.

Vale ressaltar, contudo, que os direitos fundamentais podem estar abrangidos em mais de uma dimensão (negativa ou positiva). Além disso, essa classificação não invalida a outrora aludida concepção de interdependência dos direitos fundamentais.

---

<sup>213</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 194. De forma mais detalhada, sobre os direitos fundamentais como direitos a organização e procedimento, vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 470-499. Vide, ainda: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Op. Cit. p. 287-288; HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 52-55; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Op. Cit. p. 150-153. Vide, ainda: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 299; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Op. Cit. p. 116-119.

<sup>214</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 196-197.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 199-202.

<sup>216</sup> De forma mais detalhada, sobre os direitos fundamentais como direitos a prestação em sentido estrito, vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 499-519.

#### 2.4.7. Titulares dos direitos fundamentais

49. Titulares dos direitos fundamentais são aquelas pessoas que figuram como sujeitos ativos de certas relações jurídicas, em que eles podem exigir de outrem (destinatários) o devido respeito e observância a posições jurídicas fundamentais<sup>217</sup>.

Os direitos humanos, que se distinguem dos direitos fundamentais, como visto alhures, são posições jurídicas pertinentes a qualquer ser humano, pelo simples fato de sua condição humana (princípio da universalidade). Assim, a titularidade dos direitos humanos é de qualquer ser humano (titularidade universal)<sup>218</sup>.

Conquanto a Constituição pátria não tenha previsto expressamente o princípio da universalidade, esta é a concepção doutrinária, não obstante a própria Carta Magna estabeleça tratamento diferenciado, em alguns aspectos, da titularidade dos direitos fundamentais, o que não implica violação do princípio da isonomia. Diferenças, aliás, que concernem, por exemplo, à titularidade de direitos políticos, que, em alguma medida, destinam-se aos brasileiros natos e naturalizados e não aos estrangeiros<sup>219</sup>.

No que concerne ainda à titularidade dos direitos fundamentais, não há consenso firme em relação à titularidade dos direitos sociais. Os direitos sociais são decorrentes de reivindicações dos movimentos sociais. Estes movimentos em suas manifestações e ações exerciam os direitos de liberdade de expressão, reunião, associação e greve, que não são direitos exclusivamente coletivos, mas “direitos individuais de expressão coletiva”<sup>220</sup>.

O próprio Supremo Tribunal Federal vem entendendo que o direito à saúde tem titularidade individual e coletiva, reconhecendo, ainda, um direito subjetivo a prestações

<sup>217</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 208. Sobre a titularidade dos direitos fundamentais, vide: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 82-100; HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 57-59. De forma detalhada sobre a titularidade dos direitos fundamentais, vide: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 305-317; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Op. Cit. p. 83-102.

<sup>218</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 209.

<sup>219</sup> Ibid., p. 210. Vide, ainda: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 82-90. Sobre o princípio da universalidade e suas exceções, no que concerne à Constituição da República Portuguesa, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 416-425.

<sup>220</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 215.

nesta área<sup>221</sup>.

Pode-se dizer, então, que

os direitos sociais não são sociais pelo fato de serem, em primeira linha, ou mesmo exclusivamente, direitos coletivos, no sentido de sua titularidade ser eminentemente coletiva. Os direitos sociais assim foram e têm sido designados por outra razão, mesmo no âmbito da superada distinção entre direitos individuais e direitos sociais, visto que tal distinção não repousa na titularidade coletiva dos direitos sociais, mas na natureza e objeto dos direitos, como, aliás, já frisado. Os direitos sociais, ou foram como tal designados por serem direitos a prestações do Estado na consecução da justiça social, mediante a compensação de desigualdades fáticas e garantia de acesso a determinados bens e serviços por parte de parcelas da população socialmente vulneráveis, ou mesmo, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (que incluem uma série de direitos típicos de liberdade e de igualdade, no sentido de proibições de discriminação), a qualificação de tais direitos como sendo também direitos sociais está diretamente vinculada à garantia de tutela de uma determinada classe social (os trabalhadores) no âmbito de relações no mais das vezes marcadas por níveis de manifesta assimetria — e desequilíbrio — de poder econômico e social. Ainda que não estejamos aqui a esgotar — e nem é esta a pretensão — as justificativas para a designação ainda hoje praticada (embora não isenta de críticas, dada a substancial equivalência entre os diversos direitos fundamentais) — dos direitos sociais, o que importa é que se tenha presente que o fator distintivo não é em si a sua titularidade coletiva, em contraposição aos direitos civis e políticos, que seriam de titularidade individual<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> Ibid., loc. cit. O autor cita o seguinte caso: “O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) n. 271.286**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.08.00. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+271286.NU ME.%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 25 abr. 2011, 13:19:32.

<sup>222</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 217-218.

2.4.8. *A questão da eficácia dos direitos fundamentais: terminologias e concepções de eficácia*

50. Primeiramente, cabe delimitar o que se entende, para os efeitos deste estudo, por validade, vigência e eficácia.

Para que uma norma seja considerada válida ela deve estar “integrada” na ordem jurídica. Com efeito, para que isso ocorra há de ser observado o processo de produção normativa, respeitando-se os procedimentos específicos previstos no próprio ordenamento. Então, quando forem obedecidos os requisitos haverá uma norma jurídica válida<sup>223</sup>.

A vigência, por sua vez, concerne à “exigibilidade” de uma conduta, o que ocorre desde um determinado momento até a revogação da norma jurídica. Geralmente, ocorre com a publicação da lei, contudo, ela poderá ser postergada. Assim, a norma pode ser válida, mas não vigente, sendo este o caso em que a lei passa a ter vigência após o decurso de algum tempo da data de sua publicação. Esse tempo é chamado pela doutrina de *vacatio legis*<sup>224</sup>.

Nesse sentido, o artigo 1º, do Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil, que passou a ter a epígrafe “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro” a partir da Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010), dispõe que “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”<sup>225</sup>. Entende-se, assim, que a lei é válida com a sua promulgação e publicação, mas geralmente passa a ter vigência tão-somente quarenta e cinco dias após a sua publicação, exceto se houver disposição em sentido diverso na própria lei.

Há, todavia, na doutrina, quem identifique a vigência com a existência da norma. Com efeito, a vigência, então, diria respeito à característica da norma que a faz existir no mundo jurídico, o que ocorreria com a sua promulgação e publicação, sendo a vigência considerada como pressuposto da eficácia<sup>226</sup>.

<sup>223</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. Op. Cit. p. 196.

<sup>224</sup> Ibid., p. 196-197.

<sup>225</sup> BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2012, 15:07:26. Id. **Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010**. Altera a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2)>. Acesso em: 29 nov. 2012, 15:06:45.

<sup>226</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos

Já a eficácia se desdobra em eficácia jurídica e eficácia social (ou efetividade). A primeira delas condiz com a possibilidade de a norma válida e vigente estar apta a produzir efeitos na esfera jurídica das pessoas, podendo ser aplicada aos casos concretos. A eficácia social, por sua vez, concerne à efetiva aplicação da norma à situação fática<sup>227</sup>.

51. A doutrina norte-americana, partindo da noção de eficácia, distinguia as normas constitucionais em normas constitucionais autoexecutáveis (*self executing provisions*) e não autoexecutáveis (*non self executing provisions*). As primeiras são aptas a gerar efeitos desde sua entrada em vigor, não dependendo de ulterior atuação do legislador para ter plena eficácia. As normas constitucionais não autoexecutáveis, por seu turno, são aquelas que necessitam da intervenção legislativa para a propagação de seus efeitos<sup>228</sup>.

Não se pode, entretanto, aceitar essa concepção. Isto porque não existe norma constitucional vigente que seja destituída de eficácia. No mínimo, a norma estabelece diretrizes para o legislador exercer sua atividade legislativa concretizadora. Ou seja, a lei a ser editada pelo legislador deve observar as disposições constitucionais, mesmo que se entenda que a norma constitucional tenha caráter meramente programático, o que não é o presente caso, mas, ainda que assim o fosse, essa vinculação do legislador ao texto constitucional denota que a norma constitucional tem um mínimo de eficácia<sup>229</sup>.

Acerca da eficácia das normas constitucionais, ressalta-se, dentre as mais citadas teorias, aquela que foi desenvolvida por José Afonso da Silva. Trata-se da teoria tricotômica da eficácia, que subdivide as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Segundo tal teoria, as normas constitucionais que possuem eficácia plena são aptas a produzir todos os seus efeitos essenciais desde sua entrada em vigor, independentemente de

fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 236. Vide, ainda: TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 282-285; BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. Op. Cit. p. 78-82.

<sup>227</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 240; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. Op. Cit. p. 197-198; BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. Op. Cit. p. 82-87. A respeito da eficácia das normas constitucionais, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Op. Cit. p. 208-251.

<sup>228</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 242-243; COOLEY, Thomas McIntyre. **A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union**. 6ª. Ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1890. p. 89-101.

<sup>229</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 245. No mesmo sentido, vide: TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 299-316.

qualquer intervenção legislativa para gozarem de plena operatividade<sup>230</sup>.

Já a concepção de eficácia contida concerne à possibilidade de as normas que possuem aplicabilidade imediata e direta terem seus efeitos restringidos por meio da atuação do legislador, que poderá, por meio da lei, definir, de forma mais restrita, os contornos dos direitos enunciados pela disposição constitucional<sup>231</sup>.

Enfim, a eficácia dita limitada é inerente às normas cuja aplicabilidade é indireta ou reduzida, não tendo o constituinte estabelecido normatividade suficiente para que elas sejam, desde sua edição, aptas a gerarem todos os efeitos, necessitando, destarte, de atuação legislativa ulterior para sua concretização. São as normas de princípios programáticos ou criadoras de instituições ou órgãos<sup>232</sup>.

Na doutrina percebe-se que, há, no mínimo, a classificação em dois tipos de normas: as que geram os efeitos essenciais desde a sua edição e as que dependem de intervenção do legislador para operarem de forma completa. Pode-se dizer, ainda, que há a possibilidade de restrição de direitos, sem que se refira, no caso, às normas de eficácia contida. Nesse contexto, preferir-se-á falar, para os efeitos deste estudo, em normas de “alta densidade normativa”, referindo-se àquelas que possuem aptidão para, diretamente e sem a necessidade de atuação legislativa, gerar os efeitos essenciais, e normas de “baixa densidade normativa”, que possuem um mínimo de eficácia jurídica, mas que dependem de intervenção do legislador para a produção em plenitude de seus efeitos essenciais<sup>233</sup>.

#### *2.4.9. Aplicabilidade imediata e plena eficácia das normas de direitos fundamentais*

**52.** O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 estabelece que<sup>234</sup>:

<sup>230</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 88-102; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 248.

<sup>231</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Op. Cit. p. 103-116; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 248.

<sup>232</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Op. Cit. p. 117-166; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 248.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 252-256.

<sup>234</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Op. Cit.

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:

(...).

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Este dispositivo, não obstante esteja inserido no artigo 5º, o que poderia indicar que sua aplicação restringir-se-ia aos direitos contidos no citado artigo, apresenta, pela redação, um preceito que não limita sua aplicação aos direitos contidos no aludido artigo 5º, visto que há menção aos “direitos e garantias fundamentais”, o que é exatamente a epígrafe do Título II da Carta Magna. Assim, mesmo que se faça uma interpretação meramente literal, não se pode restringir a aplicação do que foi estatuído no § 1º do artigo 5º aos incisos deste artigo<sup>235</sup>.

Adotando-se a interpretação sistemática ou teleológica chega-se a idêntico resultado. Isto porque não se vislumbra que o constituinte tenha tido a intenção de excluir do âmbito normativo do artigo 5º, § 1º, os direitos fundamentais sociais, de nacionalidade e políticos, porquanto não se pode questionar sua *fundamentalidade*<sup>236</sup>.

Ainda, como visto alhures, há direitos fundamentais sociais com características de defesa e, também, direitos fundamentais individuais com dimensão *prestacional*. Não pode, pois, haver tratamento desigual nesse sentido<sup>237</sup>. Ademais, conforme entendimento esposado neste trabalho, a concepção de indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, em especial, impede o tratamento diferenciado dos direitos com dimensão de defesa e dos direitos *prestacionais*.

Entende-se, contudo, que a existência de instrumentos processuais como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão são indicativos de que há normas que não possuem plena capacidade *eficacial*, sendo necessária a intervenção do legislador para a produção de todos os efeitos essenciais<sup>238</sup>.

Por conseguinte, se por um lado as normas definidoras de direitos fundamentais

<sup>235</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 262.

<sup>236</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>237</sup> Ibid., p. 263.

<sup>238</sup> Ibid., p. 265.

têm aplicabilidade imediata, por outro, há normas que não possuem, desde sua edição, capacidade de produzir de forma plena todos os seus efeitos essenciais. A fim de compatibilizar tais posições, propõe-se a interpretação do artigo 5º, § 1º, da CF como uma prescrição aos órgãos estatais no sentido de maximizarem a eficácia dos direitos fundamentais<sup>239</sup>.

Com efeito, analogamente à concepção dos princípios como mandamentos de otimização, propugna-se pela busca pela maior eficácia possível aos direitos fundamentais, não se lhes vislumbrando uma aplicação na lógica do tudo ou nada (como é caso das regras), dependendo sua aplicação da análise do caso concreto, vigorando, sempre,

uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que milita em favor das demais normas constitucionais, que, como visto, nem por isso deixarão de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamarem uma *interpositio legislatoris*, além de gerarem — em qualquer hipótese — uma eficácia em grau mínimo<sup>240</sup>.

**53.** Os direitos de defesa, conforme já definidos anteriormente, são aqueles que se reportam aos direitos de liberdade e igualdade, impondo uma abstenção por parte de seus destinatários (o Estado ou os particulares). Em relação a tais direitos não há divergência doutrinária de monta quanto à sua aplicabilidade imediata (ou alta densidade normativa), conferindo aos seus titulares o direito de exigirem sua aplicação inclusive judicialmente (ao que se dá o nome de *justiciabilidade*)<sup>241</sup>.

Esse entendimento também se atribui aos direitos sociais com dimensão defensiva, que, como visto alhures, são também chamados de liberdades sociais. Estes direitos, quando demandam a abstenção de seus destinatários (defesa) geram direitos subjetivos aos seus titulares, sendo, destarte, direitos com plena *justiciabilidade*<sup>242</sup>.

Depois de um período de posicionamento mais refratário em relação aos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal vem caminhando no sentido de atribuição de

---

<sup>239</sup> Ibid., p. 268.

<sup>240</sup> Ibid., p. 271.

<sup>241</sup> Ibid., p. 274-275.

<sup>242</sup> Ibid., p. 275.

maior eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, partindo para a concepção de que tais direitos implicam direitos subjetivos<sup>243</sup>. Assim sendo, a contumaz omissão do legislador infraconstitucional não pode impedir a fruição do direito fundamental pelo seu titular<sup>244</sup>.

54. Como visto outrora, os direitos sociais com aspectos *prestacionais* condizem com a atuação estatal promocional, mais especificamente, demandam uma prestação estatal de natureza fática<sup>245</sup>.

Alguns autores ressaltam o aspecto econômico dos direitos sociais a prestações, entretanto, não se pode olvidar que os direitos de defesa também apresentam um caráter econômico, apresentando sim um “custo” para a sua efetivação<sup>246</sup>.

A doutrina, porém, coloca em maior evidência o aspecto econômico no que tange aos direitos sociais a prestações e não aos direitos de defesa<sup>247</sup>.

Nessa seara, os autores costumam referir à denominada “reserva do possível”<sup>248</sup>. Sustenta-se que a “reserva do possível” é composta por três dimensões:

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção (MI) n. 708/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.07. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+708.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+708.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 dez. 2012, 19:50:52. EMENTA: Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis n.s 7.701/1988 e 7.783/1989. No mesmo sentido: MI 670, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-10-07, DJE de 31-10-08.

<sup>244</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 278-279.

<sup>245</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Op. Cit. p. 129.

<sup>246</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 284-285. Sobre essa temática, vide: HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York e London: W. W. Norton & Company, 2000. Part I.

<sup>247</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 285.

<sup>248</sup> Para estudos mais detalhados acerca dos direitos fundamentais em cotejo com a reserva do possível, vide: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Op. Cit. p. 87-140; TORRES, Sílvia Faber. Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: Breves Considerações e Críticas. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Op. Cit. p. 769-792.

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade<sup>249</sup>.

Deste modo, a “reserva do possível” pode ser vista como

limite jurídico e fático dos direitos fundamentais”, podendo, todavia, atuar também na sua efetivação, quando, por exemplo, haja uma colisão de direitos e, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, invoque-se a questão da indisponibilidade de recursos como forma de assegurar o “núcleo essencial de outro direito fundamental<sup>250</sup>”.

Mesmo considerando essa esfera da reserva do possível e da situação de baixa densidade normativa por parte das normas de direitos sociais a prestações, é importante ressaltar, entretanto, que todas as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata na medida de sua eficácia. Destarte, pode-se dizer que as normas de direitos sociais a prestações possuem eficácia vinculante nos seguintes aspectos: impõem a revogação ou não aplicação de normas com elas conflitantes; contêm imposições vinculantes ao legislador infraconstitucional, que deverá editar normas que concretizem suas disposições (perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais); necessidade de declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos estabelecidos após a sua entrada em vigor e que sejam elas (as normas de direitos sociais a prestações) conflitantes; a interpretação, integração e aplicação das normas devem ser feitas com observância das normas de direitos de cunho programático; os direitos fundamentais a prestações geram algum tipo de eficácia, *lato sensu*, no sentido jurídico-subjetivo, no mínimo que o Estado se abstenha de praticar qualquer ato que prejudique a fruição do direito (dimensão negativa); em relação aos direitos que já foram concretizados pelo legislador

<sup>249</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 287.

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 288.

infraconstitucional, a doutrina se posiciona no sentido de que este direito passa a ser considerado como direito de defesa, sendo vedado o retrocesso (princípio da vedação do retrocesso social), ou seja, é proibida a sua supressão<sup>251</sup>.

A questão acerca da *justiciabilidade* dos direitos sociais a prestações é problemática na doutrina<sup>252</sup>. Não há consenso a respeito. Para os efeitos deste estudo, classificar-se-ão tais direitos em “direitos originários a prestações sociais” e “direitos derivados a prestações”.

Os “direitos derivados a prestações” são aqueles que já foram concretizados pelo legislador infraconstitucional, sendo, considerados, como visto alhures, como verdadeiros direitos de defesa, cuja eficácia e *justiciabilidade* são inquestionáveis<sup>253</sup>.

Já os “direitos originários a prestações sociais” são aqueles em que se pode vislumbrar o reconhecimento do caráter de direitos subjetivos independentemente de qualquer mediação legislativa; ou seja, a característica da *justiciabilidade* apresenta-se desde a norma constitucional<sup>254</sup>.

Parte da doutrina defende que a negação do caráter de direito subjetivo ao direito fundamental de cunho *prestacional* não resiste a uma análise mais acurada da Constituição. Propugna-se, então, pela aplicação irrestrita do artigo 5º, § 1º, da Carta Magna, asseverando que a ausência gerada pelo Poder Legislativo pode ser colmatada pelo Judiciário, sem que isso implique violação à separação de Poderes<sup>255</sup>.

Já os argumentos utilizados de forma contrária à plena *justiciabilidade* dos direitos

---

<sup>251</sup> Ibid., p. 291-298.

<sup>252</sup> Vide, a respeito: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 515-553. Para maiores detalhes em relação à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, vide: ARANGO, Rodolfo. **El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales**. Bogotá – México D. F. – Buenos Aires – Caracas – Lima – Santiago – Miami: Legis, 2005. Capítulo III; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Op. Cit. p. 73-86.

<sup>253</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. p. 299; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 478-479. Este autor ressalta que, a partir da concretização dos direitos sociais, é defeso aos entes estatais suprimir, sem qualquer “compensação ou alternativa”, o *núcleo essencial* de tais direitos. Também se propugna pela vedação do *retrocesso social* ou da *evolução reacionária* (itálicos do autor).

<sup>254</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. p. 299; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 477-478. Ressalta o constitucionalista português que, nesse caso, já a partir da norma constitucional é reconhecido o dever do Estado na criação das condições para o exercício do direito social, de tal sorte que o inadimplemento estatal gera para o titular do direito fundamental o direito subjetivo de exigir a prestação referente ao direito.

<sup>255</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. p. 305-306.

sociais a prestações podem ser assim sintetizados: há normas em que se estabelecem os objetivos e fins, sem, contudo, ser previstos os meios e a forma de sua efetivação, o que demandaria, então, a intervenção legislativa; outro ponto destacado é o do limite imposto pela outrora mencionada “reserva do possível”; o fato de que a concretização do direito pelo Poder Judiciário poderia implicar ofensa ao princípio da separação dos poderes<sup>256</sup>.

De qualquer forma, para uma tomada de posição acerca da *justiciabilidade* dos direitos sociais há que se adentrar mais no tema da possibilidade de estabelecimento de direitos subjetivos a direitos sociais a prestações, e, nesse sentido, deve-se perscrutar acerca do direito à garantia de uma existência digna e da sua relação com os direitos sociais.

Os direitos sociais estão dispostos, de forma geral, no artigo 6º, da CF: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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”<sup>257</sup>.

Pode-se dizer que tais direitos previstos no preceito acima citado são desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF). Logo, serão entendidos como direitos à garantia de uma existência digna.

A dignidade da pessoa humana, como estudado antanho, é princípio fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da CF), e finalidade da ordem econômica (artigo 170, da CF), sendo também considerada como o eixo fundamental da atividade hermenêutica, sobretudo no que concerne à aplicação dos direitos fundamentais.

Assim, como forma de dar concreção ao princípio da dignidade da pessoa humana, há a possibilidade de o indivíduo exigir prestações que confluam para a fruição de direitos que lhe assegurem uma existência digna. Cabe ao Estado, por conseguinte, editar atos normativos que propiciem o gozo dos direitos em conformidade com o estatuído na Constituição<sup>258</sup>.

Já no que concerne ao reconhecimento de direitos subjetivos em relação a direitos fundamentais sociais de natureza *prestacional*, verifica-se um avanço por parte do

---

<sup>256</sup> Ibid., p. 307-308.

<sup>257</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda Constitucional n. 64, de 04 de fevereiro de 2010. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011, 17:00:10.

<sup>258</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 311.

Supremo Tribunal Federal, que entendia que tais direitos tinham o caráter de normas de eficácia limitada, passando a uma posição mais progressista, por exemplo, em relação ao direito fundamental à previdência social, mais especificamente, à aposentadoria<sup>259</sup>.

Analisando o direito comparado, mormente a Alemanha, cita-se que a jurisprudência e a doutrina reconhecem que a dignidade humana reclama a garantia de um mínimo de segurança social, demandando recursos materiais como forma de concretização do direito à existência digna. Deste modo, o direito à vida tem um aspecto negativo, no sentido de se abster de praticar condutas violadoras da integridade física da pessoa, mas, outrossim, no âmbito positivo, exigindo uma postura ativa para assegurar o direito à vida. Logo, reconheceu-se direito subjetivo do indivíduo a prestações materiais por parte do Estado, com o fito de lhe assegurar (ao indivíduo) o direito à vida com dignidade<sup>260</sup>.

A doutrina germânica, em complemento, entende que a garantia de uma existência digna é obrigação do Estado Social de Direito, sendo uma de suas tarefas e funções<sup>261</sup>.

Por fim, ainda na esteira doutrinária tudesca, reconhece-se o direito à existência sociocultural, sendo que o direito à educação e ao acesso a bens culturais também integram o mínimo existencial<sup>262</sup>.

É importante consignar que o direito ao mínimo existencial funciona como verdadeiro óbice em relação a qualquer tipo de ação ou omissão do poder público que obstrua a efetiva fruição dos direitos fundamentais e de sua condição mínima<sup>263</sup>.

Prosseguindo, a título exemplificativo, o direito à saúde deve ser considerado como um direito originário a prestações, ou seja, como um direito subjetivo a prestações

---

<sup>259</sup> Ibid., p. 316. O autor cita decisão do STF, cuja ementa é a seguinte: Recurso extraordinário. Previdência Social. Aposentadoria por velhice. Rurícola. Auto-aplicabilidade do art. 202, I, da Constituição. Não há ofensa ao art. 195, § 5º, da Lei Magna, e ao art. 59, do ADCT, de 1988, na concessão de aposentadoria por velhice, prevista no dispositivo constitucional, independentemente de regulamentação. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) n. 166.961/RS. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 04.02.94. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ)**, v. 154, dez 1995, p. 995. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/154\\_3.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/154_3.pdf)>. Acesso em 29 mar. 2011, 13:15:32. Sobre a justiciabilidade dos direitos sociais relativos à Previdência Social, Assistência Social e Alimentação, vide: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. Parte II. Item II.5. p. 1.053-1.139.

<sup>260</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. p. 317-318.

<sup>261</sup> Ibid., p. 318.

<sup>262</sup> Ibid., p. 320. Sobre o mínimo existencial, vide: BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Op. Cit. p. 97-135.

<sup>263</sup> Ibid., p. 322.

materiais<sup>264</sup>. Isto porque

não nos esqueçamos de que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu — evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida — uma vedação praticamente absoluta (salvo em caso de guerra regularmente declarada) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, alínea a). Cumpre lembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba — como sói acontecer — por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça<sup>265</sup>.

Assim sendo, os Tribunais Superiores vêm reconhecendo que o direito à saúde constitui direito subjetivo a prestações, podendo ser exigida judicialmente a sua efetivação, como se depreende deste julgado, e também da jurisprudência nele citada<sup>266</sup>:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA.

<sup>264</sup> Nesse sentido, vide: PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. Op. Cit. p. 58-62. A autora explicita casos jurisprudenciais relativos à efetivação dos direitos sociais relativos à saúde por meio de atuação judicial, asseverando pela *justiciabilidade* de tais direitos. Ela cita, neste artigo, julgados do STF e do STJ em casos relativos ao fornecimento de medicamentos e ao acesso à assistência médico-hospitalar; situações relativas a tratamento diferenciado, em que se dá prioridade de tratamento a crianças e adolescentes em hipóteses de tratamentos médicos; e casos relativos à responsabilidade por dano à saúde e ao alcance de contratos de seguros de saúde. Sobre a justiciabilidade dos direitos sociais relativos à saúde, vide: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. Parte II. Item II.2. p. 803-924.

<sup>265</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 325.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 328-329.

PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA. 1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida. 2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. 3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000). 4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196). 5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. 6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. 7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente<sup>267</sup>.

Também merece alusão o entendimento acerca do reconhecimento de direitos subjetivos pertinentes à educação, sobretudo quando da análise do artigo 208, da CF<sup>268</sup>:

<sup>267</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança (RMS) n. 11.183/PR**. Rel. Min. José Delgado, j. 22.08.00. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199900838840&dt\\_publicacao=04/09/2000](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900838840&dt_publicacao=04/09/2000)>. Acesso em 29 mar. 2011, 15:08:14.

<sup>268</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda Constitucional n. 14, de 12 de setembro de 1996. Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições



Saliente-se que, no mínimo, o inciso I, além dos §§ 1º e 2º acima citados conferem aos indivíduos o direito subjetivo de exigir a concretização dos direitos à educação retro expendidos, além de, sob uma perspectiva jurídico-objetiva, determinarem ao poder público tarefas e obrigações positivas no sentido de efetivarem tais direitos<sup>269</sup>. Nesse sentido, podem ser aludidos os seguintes julgados:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da

<sup>269</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 335. Vide, ainda: PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. Op. Cit. p. 62-64. A autora explicita casos jurisprudenciais relativos à efetivação dos direitos fundamentais relativos à educação por meio de atuação judicial, asseverando pela *justiciabilidade* de tais direitos. Ela cita, neste artigo, julgados do STF e do STJ em casos relativos ao ensino fundamental, à matrícula em instituições de ensino superior e à cobrança de mensalidades escolares. Sobre a justiciabilidade dos direitos sociais relativos à educação, vide: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie. Op. Cit. Parte II. Item II.1. 771-800.

discricionariiedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina<sup>270</sup>.

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada (fls. 02-13), formulado pelo Estado do Rio de Janeiro, contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu parcial provimento ao Agravo de Instrumento nº 2008.002.02378, tão somente para prorrogar o prazo da eficácia da decisão para o início do ano letivo de 2008, mantendo nos seus demais termos a decisão proferida pelo Juízo de primeira instância. A decisão impugnada manteve liminar concedida na ação civil pública nº 2007.067.001221-2, do Juizado da Família, da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Queimados/RJ, que determinou o seguinte: '(...) Os documentos mencionados, portanto, indicam a probabilidade do direito afirmado na exordial, pois, a princípio, informam a ausência ou insuficiência do número de professores nas unidades da rede estadual de ensino localizadas neste município. O periculum in mora, por sua vez, decorre da ausência do serviço, o que faz com que crianças e adolescentes permaneçam sem aulas. (...) Vale registrar que o pedido antecipatório refere-se aos alunos da rede pública de ensino, em relação aos quais já se presume a necessidade econômica, ressaltando tratar-se de comarca com população, em sua maioria, de poucos recursos. Negar a essas crianças e adolescentes o direito à educação é retirar-lhes a expectativa de vida digna, mormente se os demais direitos já lhes são escassos. (...) Pelo exposto, DEFIRO O PEDIDO ANTECIPATÓRIO para determinar que o Estado do Rio de Janeiro preencha o quadro de professores da rede estadual de ensino do Município de Queimados de modo a suprir a carência indicada no documento de fl. 162, no prazo de 10 dias, sob pena de incidência de multa diária de R\$

---

<sup>270</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) n. 410.715/SP**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.05. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+436996%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+436996%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 29 mar. 2011, 16:07:31.

20.000,00 (vinte mil reais).’ (fls. 230-233)<sup>271</sup>.

Destarte, pode-se dizer que houve um avanço da jurisprudência no tocante à efetivação de direitos sociais, ressaltando a *justiciabilidade* de tais direitos, ao menos em situações de previdência social, saúde e educação. Inclusive, a propositura de ações judiciais no sentido da fruição do direito à saúde, bem como seu êxito, por exemplo, no caso dos portadores do vírus HIV, foi imprescindível para que o Poder Público passasse a fornecer gratuitamente medicamentos a esses pacientes, o que o fez por meio da edição da Lei n. 9.313, de 13 de novembro de 1996<sup>272 273</sup>.

PIOVESAN assevera, nesse contexto, que

ainda que incipiente, a justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos na experiência brasileira é capaz de invocar um legado transformador emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e formalista do Poder Judiciário. Assinala-se, como caso emblemático, as decisões judiciais acerca do fornecimento gratuito de medicamentos, que, somadas a articuladas e competentes estratégias de litigância, fomentaram transformações legislativas e a adoção de políticas públicas consideradas exemplares na área<sup>274</sup>.

Do exposto, verifica-se que o direito ao mínimo existencial impinge ao Estado a obrigação de efetivar direitos sociais, devendo “maximizar os recursos” e “minimizar o impacto da reserva do possível”. Assim, cabe ao poder público comprovar a insuficiência de recursos e que na aplicação dos recursos então existentes não houve desperdício, ou seja, que houve uma aplicação eficiente deles<sup>275</sup>.

<sup>271</sup> Id. **Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 241-7/RJ**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.10.08. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+241%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 29 mar. 2011, 16:13:25.

<sup>272</sup> BRASIL. **Lei n. 9.313, de 13 de novembro de 1996**. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9313.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9313.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2011, 12:20:10.

<sup>273</sup> Nesse sentido, vide: PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. Op. Cit. p. 64-66.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>275</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 356.

#### 2.4.10. A vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais

55. A vinculação tanto do poder público quanto dos particulares aos direitos fundamentais decorre de interpretação do já aludido artigo 5º, § 1º, da CF. No que concerne ao poder público, o preceito relativo à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais impele os órgãos estatais a tomarem as medidas necessárias para o cumprimento deste comando<sup>276</sup>.

56. O Poder Legislativo, por exemplo, deve editar atos normativos tendentes a conformar os direitos fundamentais previstos na ordem constitucional, sendo, destarte, limitada sua discricionariedade legislativa. Cabe ao Legislador, nesse contexto, a atuação negativa, no sentido de se abster de produzir normas contrárias aos direitos fundamentais, mas, igualmente, no aspecto positivo, incumbe-lhe o estabelecimento de normas conformadoras dos mencionados direitos fundamentais<sup>277</sup>.

A Administração Pública, por sua vez, também deve ter sua conduta em conformidade com os direitos fundamentais no duplo aspecto (negativo e positivo) retro citado. Com efeito, os atos administrativos editados pelo Executivo devem aplicar e interpretar as leis infraconstitucionais em consonância com os direitos fundamentais<sup>278</sup>.

Enfim, no que concerne à vinculação dos órgãos públicos aos direitos

<sup>276</sup> Ibid., p. 366; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V. IV. Op. Cit. p. 311-327; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Op. Cit. p. 179-189. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 438, referindo-se ao já citado artigo 18º, da Constituição da República Portuguesa. Pode-se fazer menção, ainda, ao artigo 1º, da Lei Fundamental Alemã, a que foi aludida alhures, além do artigo 53º, da Constituição Espanhola: 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 10 del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. ESPANHA. **Constituição (1978)**. Disponível em: <<http://www.senado.es/constitu/index.html>>. Acesso em: 04 mai. 2011, 12:44:18.

<sup>277</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 440-441; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. p. 367-368; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 279.

<sup>278</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 442-446; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. p. 369-370; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 281-284.

fundamentais, os tribunais hão de interpretar as normas jurídicas de forma a efetivarem, na maior medida possível, os direitos fundamentais<sup>279</sup>. Pode-se dizer, ainda, que a “vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais” refere-se a três aspectos: verificar a conformidade de leis ou outros atos com os direitos fundamentais; a eficácia das decisões dos Tribunais Superiores em relação às demais instâncias; a delimitação de competências e a definição de atribuições das várias instâncias judiciais<sup>280</sup>.

57. No que tange à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o que alguns chamam de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não obstante a inexistência de norma expressa nesse sentido, não se pode refutar que tais direitos são aplicáveis nas relações entre particulares, sobretudo quando se analisam alguns dispositivos constitucionais, como o artigo 5º, incisos IV, V e XI (direitos à livre manifestação do pensamento e à inviolabilidade do domicílio), além dos direitos dos trabalhadores (artigo 7º)<sup>281</sup>.

No que concerne a esse aspecto, a ordem jurídica lusitana consagra a eficácia das normas pertinentes a direitos, liberdades e garantias<sup>282</sup>.

Pode-se dizer que existem duas teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: “eficácia direta ou imediata” e “eficácia indireta ou mediata”.

De acordo com a primeira teoria — a **teoria da eficácia directa** —, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou colectivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias. Para a teoria referida em segundo lugar

<sup>279</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 372-373; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais**: tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 284.

<sup>280</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 447.

<sup>281</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 376-377. Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, vide: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 104-115. Sobre a eficácia horizontal dos direitos sociais e o princípio da solidariedade, vide: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Op. Cit. p. 288-309. Vide, ainda: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: direitos fundamentais nas relações entre particulares. Op. Cit. p. 66-106: o autor afirma que a concepção de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é minoritária na doutrina, fazendo uma crítica a esse posicionamento e defendendo a eficácia indireta.

<sup>282</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1286. O autor alude ao já citado artigo 18º, da Constituição da República Portuguesa. Vide, ainda: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V. IV. Op. Cit. p. 320-327.

— a **teoria da eficácia indirecta** —, os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indirecta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direitos, liberdades e garantias (grifos do original) <sup>283</sup>.

E CANOTILHO arremata, defendendo que a Constituição de Portugal, no mencionado artigo 18º, diferentemente da Lei Fundamental Alemã<sup>284</sup>, consagrou a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas<sup>285</sup>.

Ainda para o constitucionalista português a tendência atual é a da superação dessa dicotomia “eficácia direta ou imediata” e “eficácia indireta ou mediata” no sentido das denominadas *soluções diferenciadas*. Basicamente, entende-se que as “soluções diferenciadas” devem levar em conta a “especificidade do direito privado” em

---

<sup>283</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1286-1287. Vide, ainda, acerca da influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Op. Cit. p. 22 e seq.; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3ª. Ed. Rev. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los Limites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Entre Particulares**: La Buena Fe. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000. p. 161-246; STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004; CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra, Almedina, 2005. Para estudos relativos à eficácia dos direitos humanos na esfera privada nos Estados Unidos, Canadá e Reino Unido, vide: CLAPHAM, Andrew. **Human Rights in the Private Sphere**. New York: Oxford University Press, 2002. Parte II. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e Direito Privado: Breves Notas Sobre Alguns Aspectos da Possível Eficácia dos Direitos Sociais nas Relações Entre Particulares. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Op. Cit. p. 551-602; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Op. Cit. p. 189-195.

<sup>284</sup> ALEMANHA. **Constituição (1949)**. Op. Cit. Artikel 1 [Menschenwürde, Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt]. (1) <sup>1</sup>Die Würde des Menschen ist unantastbar. <sup>2</sup>Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Tradução livre: Artigo 1 [Dignidade humana, caráter obrigatório dos direitos fundamentais para o poder público]. (1) <sup>1</sup> A dignidade humana é intangível. <sup>2</sup> Todos os poderes públicos têm a obrigação de respeitá-la e de protegê-la. (2) Por conseguinte, o povo alemão reconhece que os direitos humanos são invioláveis e intangíveis enquanto base de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) **Os direitos fundamentais seguintes vinculam o poder legislativo, o executivo e o judicial enquanto direito diretamente aplicável** (grifou-se). Este último dispositivo é explícito em estabelecer a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais em relação ao Estado, mas não em relação aos particulares.

<sup>285</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1288. Vide, ainda: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Op. Cit. p. 28-37: o autor recusa uma eficácia apenas mediata dos direitos fundamentais sobre a legislação de direito privado. Entendendo que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é indireta, vide: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Op. Cit. p. 284-286; HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 59-62.

contraposição ao sentido dos direitos fundamentais na ordem jurídica<sup>286</sup>.

Nesse sentido, no que tange à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, alude-se à possibilidade de a própria constituição, de forma expressa, determinar a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas<sup>287</sup>.

Ainda, a eficácia horizontal pode estar atrelada à “mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada”, caso em que o órgão público (legislador) é vinculado direta e imediatamente pela norma consagradora de direito fundamental; vale dizer, o legislador deve adensá-la (a norma fundamental), não podendo restringi-la, a não ser quando for autorizado por ela própria<sup>288</sup>.

O legislador, quando da regulamentação das relações privadas, deve ter em consideração o princípio da igualdade, sendo-lhe vedado atribuir “regimes jurídicos discriminatórios”, salvo quando exista “fundamento material” para a desigualdade de tratamento<sup>289</sup>.

Nesta seara, pode-se mencionar que a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares podem seguir o seguinte caminho: a aplicação do direito privado deve seguir de acordo com uma interpretação em conformidade com a constituição, mais especificamente, com os direitos fundamentais; em todo caso, os tribunais, quando dessa interpretação, poderão considerar a lei inconstitucional por violar direitos fundamentais e não aplicá-la ao caso concreto; a norma de decisão deverá considerar os direitos fundamentais em cotejo com a situação a ser resolvida<sup>290</sup>.

Ainda nesse quadro da eficácia horizontal afiguram-se duas situações: a primeira condiz com a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares naquelas situações em que há manifesta desigualdade entre as partes, porquanto uma delas é detentora de esferas de poder social (exemplo: relação de emprego); em outro sentido existem as relações particulares marcadas pela igualdade, fora, portanto, das relações de poder. No primeiro caso há consenso quanto à eficácia horizontal dos direitos

---

<sup>286</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1289.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 1290. Citam-se os seguintes artigos da CRP: Artigo 26º (Outros direitos pessoais). 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. Artigo 34º (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência). 1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis. PORTUGAL. **Constituição (1976)**. Lei Constitucional n. 1/82, de 30 de setembro (Primeira Revisão). Op. Cit.

<sup>288</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1291.

<sup>289</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 1291-1292.

fundamentais. Já, quanto ao segundo, existe dissenso<sup>291</sup>. De qualquer forma, como este estudo insere-se no primeiro contexto, não será o caso de se expender maiores argumentos em relação à segunda situação explanada acima.

#### *2.4.11. Os limites dos direitos fundamentais*

**58.** Para compreender a questão dos limites dos direitos fundamentais é necessário apreender, anteriormente, a concepção de “âmbito de proteção” ou “domínio normativo” dos aludidos direitos. Os direitos fundamentais referem-se a determinados setores da vida social. Por exemplo, o direito à vida aponta para a vida humana; a liberdade de criação artística concerne à arte; o direito de inviolabilidade do domicílio relaciona-se ao domicílio ou moradia da pessoa. Assim, pode-se dizer que o “âmbito de proteção” ou “domínio normativo” dos direitos fundamentais condiz com o setor da vida social a que eles se referem<sup>292</sup>.

E a tutela a esses setores ou bens, ou seja, o chamado “domínio normativo”, refere-se à concessão de direitos subjetivos (liberdade), de prestação (educação), de procedimento ou processual (acesso aos tribunais), garantias institucionais (proteção à maternidade), direitos de participação (direitos políticos). Destarte, como se vê, a norma “recorta determinados dados da realidade” como objeto de proteção. A operacionalização disso tudo se dá por meio da atribuição de direitos, liberdades e garantias a sujeitos de direito<sup>293</sup>.

Pode-se dizer que as limitações aos direitos fundamentais são entendidas como as ações ou omissões dos entes estatais ou dos particulares que “dificultem, reduzam ou eliminem” a possibilidade de obtenção de dado bem jurídico tutelado, influenciando no seu “exercício”, ou reduzindo os “deveres estatais” voltados a assegurar ou fomentar tais bens

<sup>291</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 381.

<sup>292</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 448-449 e 1262. Vide, ainda: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 136-141; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As restrições direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Op. Cit. p. 603-659; STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade**: no direito constitucional brasileiro. Op. Cit. p. 137-147; HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 63-66. Acerca da concepção de suporte fático (âmbito de proteção) e conteúdo essencial dos direitos fundamentais, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Op. Cit. p. 65-125 e 183-207.

<sup>293</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1262-1263.

que são relativos aos direitos fundamentais<sup>294</sup>.

59. Quando se pensa em restrições ou limites a direitos fundamentais fala-se em três aspectos: restrições constitucionais diretas; limitações decorrentes de leis; restrições não expressamente autorizadas pela Constituição<sup>295</sup>.

No primeiro caso, a própria Carta Magna restringe o conteúdo juridicamente protegido do direito fundamental. Nesse sentido, faz-se alusão ao direito de liberdade de reunião, desde que seja para fins pacíficos<sup>296</sup>. Ainda, pode-se mencionar o caso da restrição à inviolabilidade de correspondência (artigo 5º, inciso XII, da CF) quando do estabelecimento de estado de defesa ou de sítio (artigo 136, § 1º, inciso I, alínea *b*, e 139, inciso III)<sup>297 298</sup>.

A restrição por meio de lei ocorre quando a Lei Maior autoriza a limitação do direito fundamental por intermédio da atividade legiferante infraconstitucional. É o caso, por exemplo, da restrição da liberdade individual em matéria criminal<sup>299</sup>.

Podem estas restrições, outrossim, serem denominadas indiretas, quando decorrem

<sup>294</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 391. Vide, ainda: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 141-152.

<sup>295</sup> Sobre as restrições de direitos fundamentais, vide, com mais detalhes: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 152-169; MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 328-348. Vide, ainda: MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. V. IV. Op. Cit. p. 328-357; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Op. Cit. p. 126-182; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Op. Cit. p. 59-72; CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Entre Particulares**: La Buona Fe. Op. Cit. p. 27-160; NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Op. Cit. p. 155 e seq.; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Op. Cit. p. 120-132.

<sup>296</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 450.

<sup>297</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Op. Cit. **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: (...). XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. **Art. 136**. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. § 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: b) sigilo de correspondência. **Art. 139**. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei.

<sup>298</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 392.

<sup>299</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 450.

de lei infraconstitucional, quando devidamente autorizadas pela Carta Magna. Nesse caso, existem as “reservas legais simples” e as qualificadas.

As primeiras autorizam o legislador a intervir no “âmbito de proteção” do direito fundamental, não prevendo “pressupostos ou objetivos específicos”, atribuindo, pois, maior discricionariedade legislativa. Como exemplo, cita-se o artigo 5º, inciso LVIII, da CF, *verbis*: LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei<sup>300 301</sup>.

Por outro lado, as “reservas legais qualificadas” são delimitadas por “pressupostos e objetivos” traçados pelo constituinte, devendo o legislador, por conseguinte, atendê-los, como é o caso do já citado no artigo 5º, inciso XII, da CF<sup>302</sup>.

De qualquer sorte, a limitação a um direito fundamental deve ter base somente na Constituição. Isto ocorre devido à magnitude que os direitos fundamentais têm para a coletividade<sup>303</sup>.

Enfim, as limitações não expressamente autorizadas pela Constituição ocorrem em casos de inexistência de previsão de restrições por parte da Carta Magna, contudo, entende-se que haja uma limitação imanente. É o caso, por exemplo, da liberdade de manifestação do pensamento, que pode ser restringida por meio de lei em caso de incitação à violência ou ao uso de armas<sup>304</sup>.

**60.** Ainda nesse contexto, pode-se fazer menção à metódica da colisão de direitos<sup>305</sup>.

<sup>300</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2011, 12:43:10. A Lei n. 12.037/09 regulamentou esse artigo. Nesse sentido, vide: Id. **Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2011, 11:29:20.

<sup>301</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 392.

<sup>302</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>303</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Op. Cit. p. 250.

<sup>304</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 450-451; SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Op. Cit. p. 267-325. Para uma compreensão mais detalhada em relação a esse tema, vide: NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Op. Cit. p. 155 e seq.

<sup>305</sup> Sobre a colisão e a concorrência de direitos fundamentais, vide, com mais detalhes: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 169-175. Vide, ainda: FARIAS, Edilsom Pereira de. **A colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Op. Cit. p. 116 e seq.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos

A colisão de direitos diz respeito ao fato de o exercício de um direito fundamental por um determinado sujeito chocar-se com o exercício de outro direito fundamental que tenha titular distinto<sup>306</sup>.

A resolução da colisão de direitos tem em conta três aspectos: os limites imanentes aos direitos em conflito, reduzindo-se seu “âmbito normativo”; a limitação do “âmbito de proteção”, fazendo-se com que o domínio de tutela de determinado direito não neutralize ou aniquile o conteúdo do direito colidente (utilização do princípio da concordância prática, conforme já visto outrora); restrição de um dos direitos que se encontram em choque<sup>307</sup>. De todo modo, pode-se remeter a tudo quanto exposto em tópico anterior sobre a ponderação, *sopesamento*, proporcionalidade e concordância prática.

#### 2.4.12. Os limites aos limites dos direitos fundamentais

**61.** Como visto alhures incumbe ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais. Na hipótese de restrição de direitos em decorrência de colisão há de ser aplicado o princípio da proporcionalidade, que, nesse caso, atua como “proibição de excesso”. Por outro lado, a falta de atuação do ente estatal pode implicar, por via transversa, também a restrição ou não fruição do direito fundamental, vislumbrando-se, então, o que se convencionou chamar de “proibição da insuficiência”. Assim, a doutrina alude a um duplo aspecto do princípio da proporcionalidade, que se refere, por um lado, à aferição da legitimidade das “medidas restritivas do âmbito de proteção” dos direitos fundamentais, e, também, por outro, ao monitoramento de eventual omissão do Estado na sua tarefa de efetivação de direitos fundamentais<sup>308</sup>.

De qualquer forma, não se pode olvidar que a restrição a um direito fundamental há

---

Fundamentais: tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 318-325; BOULOS, Christianne. **Colisão de Direitos Fundamentais**. 2002. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2002. Parte II.

<sup>306</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 1268.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 1273-1274.

<sup>308</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 397. Para mais detalhes em relação ao regime português, que, no particular, apresenta diferenças em relação ao direito pátrio, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 452-467. Tratando de forma minuciosa sobre os limites aos limites dos direitos fundamentais, vide: MENDES, Gilmar Ferreira. **Limitações dos Direitos Fundamentais**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 348-392; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Op. Cit. p. 133-141.

de ter uma “finalidade constitucionalmente legítima”, devendo ser provida de justificação na ordem constitucional<sup>309</sup>.

62. As restrições aos direitos fundamentais encontram outro limite (além da proporcionalidade) no que se denomina de núcleo essencial dos direitos fundamentais. O núcleo essencial do direito fundamental remete a uma “parcela do conteúdo” de tal direito que lhe constitui a substância, ou seja, sem a qual o direito perde o mínimo de eficácia, não podendo ser-lhe conferido o epíteto de direito fundamental. Indubitavelmente, não pode a restrição privar o direito de ter um mínimo de eficácia<sup>310</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre a proteção do núcleo essencial de princípios fundamentais, nos seguintes termos<sup>311</sup>:

I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - sedimentado na jurisprudência do Tribunal - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedentes. II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: argüição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I): improcedência. 1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a *proteção do núcleo essencial* dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. 3. Já assentou o Tribunal (MS 23047-MC, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou "sob a

<sup>309</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 398.

<sup>310</sup> Ibid., p. 402.

<sup>311</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.024/DF**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03.05.07. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2024%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2024%2EACMS%2E%29&base=baseAcor daos>>. Acesso em 27 abr. 2011, 13:12:32.

perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, "é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial", assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos - inclusive a do seu regime previdenciário - já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando - com base no art. 149, parág. único - que a proposta não altera - organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores": análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária. 4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda. 5. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que o princípio da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a) - ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos - não pode ser invocado na hipótese de contribuições previdenciárias. 6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta.

#### *2.4.13. Direitos fundamentais e reforma da Constituição*

**63.** Já foi aludido outrora que os direitos fundamentais podem ter uma função de direitos a proteção ou a assim chamada “eficácia protetiva” desses direitos. Assim, cabe ao Estado promover ações no sentido de assegurar a fruição dos direitos fundamentais, porquanto se eles não forem devidamente tutelados sua eficácia poderá ser questionada<sup>312</sup>.

Nesse sentido, no que concerne à reforma da Constituição, não se pode desvirtuar o “espírito” ou a finalidade da ordem constitucional, ainda que este limite ao poder de reforma não seja explicitamente previsto. Assim sendo, além dos limites estabelecidos pelo constituinte (artigo 60, § 4º, da CF), há os denominados limites implícitos. Dentre tais limites podem ser citados os princípios fundamentais (artigos 1º a 4º, da CF), visto que são

---

<sup>312</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 405.

pertinentes aos “elementos essenciais à forma de Estado e de governo”, não podendo ser suprimidos sob pena de abolição do próprio Estado constitucional existente<sup>313</sup>.

Aventou-se na doutrina a possibilidade de revisão das normas que instituem cláusulas pétreas, ao que foi chamado de “teoria da *revisibilidade* das cláusulas proibitivas de revisão”. Contudo, a admissão de tal teoria poderia desvirtuar a própria lógica do sistema de garantias instituído pelo constituinte, o que implicaria perda da força normativa da constituição<sup>314</sup>.

A jurisprudência do STF aceita o controle de constitucionalidade de emendas, o que implica, por conseguinte, que as reformas constitucionais possuem limites<sup>315</sup>.

No que tange ao alcance do disposto no artigo 60, § 4º, da CF, que menciona apenas a proteção em relação ao poder de reforma restrita aos direitos individuais, a

---

<sup>313</sup> Ibid., p. 415.

<sup>314</sup> Ibid., p. 416-417.

<sup>315</sup> Nesse sentido, o seguinte julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 466/DF**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.04.91. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+466%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+466%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao>>. Acesso em 27 abr. 2011, 13:20:17. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE PRÉVIA CONSULTA PLEBISCITÁRIA - LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, § 4º, IV) - INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO - AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO - NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. - O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos "in fieri", ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe - ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante - a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo - que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional - e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão - que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. - A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas - que não são normas constitucionais originárias - não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.**

doutrina tende, por meio de uma interpretação sistemática, a estender o âmbito de abrangência deste dispositivo aos direitos sociais, políticos e de nacionalidade. Assim sendo, a inclusão dos direitos sociais (e demais direitos fundamentais) no rol das ‘cláusulas pétreas’ há de ser justificada com base no direito constitucional positivo. Isto porque:

Já no preâmbulo de nossa Constituição encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado. Além disso, não há como negligenciar o fato de que nossa Constituição consagra a idéia de que constituímos um Estado democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente nos arts. 1º, incs. I a III, e 3º, incs. I, III e IV. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado da nossa Constituição. Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados — mesmo não estando expressamente previstos no rol das ‘cláusulas pétreas’ — autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional. Poder-se-á argumentar, ainda, que a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, tivesse outorgado a estes direitos proteção jurídica diminuída<sup>316</sup>.

Portanto, as cláusulas pétreas constituem limites ao poder de reforma da Constituição, servindo como meio de proteção dos direitos fundamentais, porquanto sua supressão implicaria o esvaziamento do Estado constitucional, bem como configuraria séria violação do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>317</sup>.

<sup>316</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 424. No mesmo sentido, vide: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 651-662; BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites do poder reformador. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson; BEDÊ, Fayga Silveira (Orgs.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho. Op. Cit. p. 107-113; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder Constituinte. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 258-259. Vide, ainda, com mais detalhes: SARLET, Ingo Wolfgang. A Problemática dos Direitos Fundamentais Sociais Como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003. p. 333-394.

<sup>317</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 426.

#### 2.4.14. Direitos fundamentais e proibição do retrocesso

64. A proibição do retrocesso normalmente é veiculada em relação a atos de efeitos retrospectivos, como é o caso de situações que violem direitos adquiridos, coisa julgada ou ato jurídico perfeito. Todavia, pode haver retrocesso social em “atos com efeitos prospectivos”. A situação mais corriqueira em que isso pode acontecer é aquela em que o legislador infraconstitucional edita ato normativo concretizador de direito fundamental, normalmente em situação de direitos *prestacionais*, e depois volta atrás<sup>318</sup>.

Nesse contexto, ressalta-se, novamente, o aspecto protetivo ou a “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais<sup>319</sup>.

A doutrina lusitana defende a “proibição do retrocesso”, asseverando que após a concretização do direito fundamental este assume verdadeira feição de direito de defesa, passando para a esfera da *justiciabilidade*, ou seja, assegura ao seu titular o direito subjetivo de exigir judicialmente a fruição do direito. Ressalta-se, nesse aspecto, a tutela do “princípio da proteção da confiança”<sup>320</sup>.

Os críticos dessa posição argumentam que a “proibição do retrocesso” confronta-se com o fato de que os direitos sociais são determináveis pela legislação infraconstitucional, de tal modo que o legislador goza de ampla esfera de discricionariedade e liberdade de conformação, o que abrangeria também a possibilidade de voltar atrás, ou seja, de reduzir conquistas sociais anteriormente atingidas. O limite ao legislador seria o “princípio da proteção da confiança”, sendo que o retrocesso deveria ser justificado<sup>321</sup>.

Por outro lado, há argumentos favoráveis à aplicação do entendimento de que os

<sup>318</sup> Ibid., p. 436. Sobre a proibição do retrocesso, vide, ainda: SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. Op. Cit. p. 71-109; SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso e dignidade da pessoa humana. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson; BEDÊ, Fayga Silveira (Orgs.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho**. Op. Cit. p. 292-335; DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 343-382.

<sup>319</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. p. 437.

<sup>320</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 479; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. p. 439-440. Vide, ainda: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V. IV. Op. Cit. p. 397-400.

<sup>321</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. p. 443.

direitos fundamentais não de gozar da proteção em face do retrocesso social. Ei-los: quando a lei conforma dado direito fundamental isto se incorpora no patrimônio jurídico da cidadania, não podendo ser dirimido; ainda, como dito alhures, em conformidade com a doutrina portuguesa, os direitos *prestacionais* quando conformados adquirem *status* de direitos de defesa, conferindo direitos subjetivos aos seus titulares, devendo o Estado abster-se de intervir neles<sup>322</sup>; a proibição do retrocesso social decorre do princípio do Estado Democrático e social de Direito, em que deve existir um nível mínimo de “segurança jurídica”; o retrocesso viola o princípio da dignidade humana, pois, após a consecução de determinado nível social não se pode adotar medidas tendentes a aboli-lo, sob pena de infringir o citado princípio da dignidade humana; o “princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais” demanda uma eficácia protetiva, que pode ser oferecida, também, pela proibição do retrocesso; a vedação à edição de normas de cunho violador do direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito não consegue ser tão abrangente a ponto de dar conta de outras situações em que a segurança jurídica pode ser transgredida, como no caso do recuo social; o aludido princípio da proteção da confiança, que deve governar as relações sociais, a fim de que haja um mínimo de estabilidade e segurança; os entes estatais estão atrelados à obrigação tanto de concretização de direitos fundamentais, quanto de observância de “atos anteriores”; não reconhecer a vedação ao retrocesso social implicaria, por via oblíqua, aceitar que o legislador pudesse livremente “tomar decisões” dissonantes em relação ao espírito constitucional; enfim, o sistema internacional de direitos humanos, que há de ser considerado nesse aspecto, considera como necessária a “progressiva implementação efetiva da proteção social” pelos órgãos estatais, proibindo-se, implicitamente, o retrocesso social (artigo 2º, n. 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>323</sup>)<sup>324</sup>.

---

<sup>322</sup> Nesse sentido, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 479.

<sup>323</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)**. Op. Cit. Art. 2º. 1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

<sup>324</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 445-448.

### 3. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS SOCIAIS E DIREITO DO TRABALHO

#### 3.1. INTRODUÇÃO

65. Nesta parte do trabalho passa-se a um estudo mais específico dos direitos sociais e do Direito do Trabalho como integrantes dos direitos fundamentais. Não obstante o primeiro capítulo já tenha abordado essa temática, nesse ponto intenciona-se um tratamento mais detalhado e pormenorizado.

Destarte, procurar-se-á uma nova aproximação com os conceitos de Estado Social e de Estado Democrático de Direito, em cotejo com os direitos sociais.

Ainda, passar-se-á por uma análise mais detida acerca da *fundamentalidade* dos direitos sociais, da relação dos direitos sociais com o mínimo existencial e o orçamento, a situação relativa à eficácia e à efetividade de tais direitos, e, enfim, à *justiciabilidade* dos direitos sociais.

Prosseguindo, dever-se-á destacar a pertinência do Direito do Trabalho aos direitos sociais, assim como diversos aspectos concernentes a este ramo do Direito Social, sobretudo, os princípios e a interpretação, além de sua aplicação como formas de efetivação da justiça social.

#### 3.2. A ORIGEM DOS DIREITOS SOCIAIS E O PAPEL DO ESTADO

##### 3.2.1. *Os direitos sociais, o Estado e a questão social*

66. Pode-se dizer que a gênese dos direitos sociais está atrelada à mudança de postura do Estado frente às situações sociais existentes, ou seja, à passagem do Estado Liberal para o Estado Social<sup>325</sup>.

Nesse sentido, o Estado passa a intervir nas relações sociais e econômicas por

---

<sup>325</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto e CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O que é direito social? In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Curso de Direito do Trabalho**. v. 1. São Paulo: LTr, 2007. p. 15.

ocasião da chamada “questão social”<sup>326</sup>.

A questão social insere-se no contexto de uma contradição entre a busca de uma coesão social e o “risco de sua fratura”. Ela foi denominada como tal nos anos 30 do século XIX, em virtude das condições sociais então vigentes, decorrentes da revolução industrial. “É a questão do pauperismo”<sup>327</sup>.

Podem ser mencionadas duas características do pauperismo ou da questão social.

De um lado, o pauperismo “pega a contrapé o pensamento liberal” vigente no século XVIII, para o qual a pobreza decorreria da falta de trabalho, ou, mais especificamente, dir-se-ia que uma pessoa era pobre porque não trabalhava. Na verdade, a questão social não provinha da “ausência de trabalho”, mas da “nova organização do trabalho”, ou seja, era resultado da “industrialização”<sup>328</sup>.

Por outro lado, o pauperismo ou a questão social configuravam uma “categoria historicamente inédita da desgraça do povo”, contemplando a “miséria material” e uma “profunda degradação moral”<sup>329</sup>.

A “questão social”, então, concerne ao desequilíbrio havido entre as classes possuidoras e as despossuídas, fato que provavelmente sempre existiu, contudo, que foi agravado pelas consequências advindas com a Revolução Industrial.

**67.** A Revolução Industrial representou um avanço no processo produtivo, que propiciou a “multiplicação rápida” na fabricação de mercadorias e serviços. Ela ocorreu, primeiramente, na Grã-Bretanha, na década de 80 do século XVIII, porque este país reunia um conjunto de “condições adequadas” a este desenvolvimento, sobretudo considerando a queda do absolutismo monárquico e a ascensão burguesa ao Parlamento, e também em virtude da aceitação do “lucro privado” e do “desenvolvimento econômico” como

<sup>326</sup> CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Rio de Janeiro & São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963. p. 41.

<sup>327</sup> CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário** [Les métamorphoses de la question sociale]. Tradução Iraci D. Poletti. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998. p. 30. Sobre o pauperismo na França do século XIX, vide: TOCQUEVILLE, Alexis de. **Mémoire sur le Pauperisme**. Mémoire présente à la Société académique cherbourgeoise et publié en 1835 par celle-ci dans les *Mémoires de la Société académique de Cherbourg*, 1835, p. 293-344. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/classiques/De\\_tocqueville\\_alexis/memoire\\_pauperisme\\_1/memoire\\_pauperisme\\_1.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/memoire_pauperisme_1/memoire_pauperisme_1.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2012, 17:41:07.

<sup>328</sup> CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Op. Cit. p. 284.

<sup>329</sup> Ibid., p. 286-287. No mesmo sentido, vide: HOBBSBAWN, Eric J. **Era das Revoluções: Europa 1789-1848** [The Age of Revolution. Europe 1789-1848]. 16ª Ed. Rev. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. p. 282-285. Para uma obra literária que retrata bem esse período, vide: HUGO, Victor. **Les Misérables**. Paris: Librairie Générale Française, 1998.

“objetivos” fundamentais da “política governamental”<sup>330</sup>.

A industrialização propiciou, por um lado, a redução do preço de “mercadorias manufaturadas”, o desenvolvimento do comércio e da indústria, o avanço sobre mercados internacionais sem características protecionistas, o recrudescimento dos “capitais” e da “riqueza nacional”<sup>331</sup>.

Por outro lado, essa transformação do processo produtivo trouxe consigo a concentração da propriedade (na verdade, acentuou a então existente), a insegurança no trabalho, o “crescimento do proletariado”, a “degradação moral” e movimentos de agitação política<sup>332</sup>. Além disso, a industrialização e a riqueza trouxeram consigo a miséria<sup>333</sup>.

Em outras palavras:

A transição da nova economia criou a miséria e o descontentamento, os ingredientes da revolução social. E, de fato, a revolução social eclodiu na forma de levantes espontâneos dos trabalhadores da indústria e das populações pobres das cidades, produzindo as revoluções de 1848 no continente e os amplos movimentos cartistas na Grã-Bretanha. O descontentamento não estava ligado apenas aos trabalhadores pobres. Os pequenos comerciantes, sem saída, a pequena burguesia, setores especiais da economia eram também vítimas da revolução industrial e de suas ramificações. Os trabalhadores de espírito simples reagiram ao novo sistema destruindo as máquinas que julgavam ser responsáveis pelos problemas; mas um grande e surpreendente número de homens de negócios e fazendeiros ingleses simpatizavam profundamente com estas atividades dos seus trabalhadores luditas porque também eles se viam como vítimas da minoria diabólica de inovadores egoístas. A exploração da mão-de-obra, que mantinha sua renda em nível de subsistência, possibilitando aos ricos acumularem os lucros que financiavam a industrialização (e seus próprios e amplos confortos), criava um conflito com o proletariado. Entretanto, um outro aspecto desta diferença de renda nacional entre pobres e ricos, entre o consumo e o investimento, também trazia contradições com o pequeno empresário. Os

<sup>330</sup> HOBBSAWN, Eric J. **Era das Revoluções: Europa 1789-1848**. Op. Cit. p. 50-54. No mesmo sentido, vide: DOBB, Maurice. **A evolução do capitalismo** [Studies in the Development of Capitalism]. Tradução Affonso Blacheyre. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965. 312-344.

<sup>331</sup> ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra** [Die Lage der Arbeitenden Klasse in England]. Tradução B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 50. Em sentido convergente, vide: HOBBSAWN, Eric J. **Era das Revoluções: Europa 1789-1848**. Op. Cit. p. 49-57.

<sup>332</sup> ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Op. Cit. p. 50.

<sup>333</sup> BURET, Eugène. **De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France**. v. I. Paris : Chez Paulin, Librairie, 1840. p. 120. Disponível em: <[http://openlibrary.org/works/OL237327W/De\\_la\\_misère\\_des\\_classes\\_laborieuses\\_en\\_Angleterre\\_et\\_en\\_France\\_...](http://openlibrary.org/works/OL237327W/De_la_misère_des_classes_laborieuses_en_Angleterre_et_en_France_...)>. Acesso em: 23 mar. 2012, 16:22:20. Em sentido convergente, vide: CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Op. Cit. p. 283-284.

grandes financistas, a fechada comunidade de capitalistas nacionais e estrangeiros que embolsava o que todos pagavam em impostos (cf. capítulo sobre a guerra) — cerca de 8% de toda a renda nacional —, eram talvez ainda mais impopulares entre os pequenos homens de negócios, fazendeiros e outras categorias semelhantes do que entre os trabalhadores, pois sabiam o suficiente sobre dinheiro e crédito para sentirem uma ira pessoal por suas desvantagens. Tudo corria muito bem para os ricos, que podiam levantar todos os créditos de que necessitavam para provocar na economia uma deflação rígida e uma ortodoxia monetária depois das guerras napoleônicas: era o pequeno que sofria e que, em todos os países e durante todo o século XIX, exigia crédito fácil e financiamento flexível. Os trabalhadores e a queixosa pequena burguesia, prestes a desabar no abismo dos destituídos de propriedade, partilhavam portanto dos mesmos descontentamentos. Estes descontentamentos por sua vez uniam-nos nos movimentos de massa do ‘radicalismo’, da ‘democracia’ ou da ‘república’, cujos exemplares mais formidáveis, entre 1815 e 1848, foram os radicais britânicos, os republicanos franceses e os democratas jacksonianos americanos<sup>334</sup>.

Em texto escrito contemporaneamente a este período histórico, e já citado neste trabalho, ENGELS faz um relato pormenorizado da situação da classe trabalhadora inglesa nesta época.

A moradia operária concentrava-se em “bairros de má fama”, onde imperava a miséria. Aos desabrigados eram oferecidos albergues. A abordagem é rica em detalhamento, sobretudo em relação a Londres, Dublin, Edimburgo, Liverpool, e, ainda mais precisamente, no que concerne a Manchester, cidade a que são dedicadas mais de duas dezenas de páginas, havendo a descrição de bairros operários, inclusive com mapas e plantas de casas. Mas a situação de penúria não se restringia às condições de moradia. Também o vestuário e a alimentação eram precários. As roupas eram esfarrapadas e a alimentação reduzida e de baixo teor nutricional<sup>335</sup>.

Em síntese,

as grandes cidades são habitadas principalmente por operários, já que, na melhor das hipóteses, há um burguês para dois, muitas vezes três e, em alguns lugares, quatro operários; esses operários nada possuem e vivem de seu salário, que, na maioria dos casos, garante apenas a sobrevivência cotidiana. A sociedade, inteiramente atomizada, não se preocupa com eles, atribuindo-lhes o encargo de

<sup>334</sup> HOBBSBAWN, Eric J. **Era das Revoluções**: Europa 1789-1848. Op. Cit. p. 65-66.

<sup>335</sup> ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Op. Cit. p. 70-115.

prover suas necessidades e as de suas famílias, mas não lhes oferece os meios para que os façam de modo eficaz e permanente. Qualquer operário, mesmo o melhor, está constantemente exposto ao perigo do desemprego, que equivale a morrer de fome e são muitos os que sucumbem. Por regra geral, as casas dos operários estão mal localizadas, são mal construídas, mal conservadas, mal arejadas, úmidas e insalubres; seus habitantes são confinados num espaço mínimo e, na maior parte dos casos, *num único cômodo* vive uma *família inteira*; o interior das casas é miserável: chega-se mesmo à ausência total dos moveis mais indispensáveis. O vestuário dos operários também é, por regra geral, muitíssimo pobre e, para uma grande maioria, as peças estão esfarrapadas. A comida é frequentemente ruim, muitas vezes imprópria, em muitos casos — pelo menos em certos períodos — insuficiente e, no limite, há mortes por fome<sup>336</sup>.

**68.** E as condições de trabalho não destoavam desse quadro. Pelo contrário, elas o corroboravam.

A nova indústria introduziu uma mudança na condição das classes trabalhadoras que representou uma terrível revolução: ela substituiu o trabalho em família pelo trabalho na fábrica; ela interrompeu bruscamente o silêncio e a paz da vida doméstica, pela agitação e o barulho da vida em comum. Isto aconteceu sem qualquer transição, e as gerações que estavam acostumadas à existência tranquila da família foram lançadas sem preparação para as oficinas e fábricas; homens, mulheres e crianças se viram amontoados aos milhares em meio a vastas manufaturas aonde eles deviam trabalhar lado a lado e em desordem durante quatorze e quinze horas por dia. A aproximação era frequentemente tão íntima que as mais simples precauções exigidas pela decência tornavam-se impossíveis. Os homens e as mulheres eram obrigados a se despirem de uma parte de suas vestimentas, uns em frente os outros, por causa do calor das oficinas e fábricas, e, pode-se dizer, o pudor era forçadamente ultrajado pela indiferença do chefe de manufatura, que não tinha preocupação no mais das vezes em arranjar meios mais indispensáveis para separar os dois sexos. Os membros das famílias operárias, isolados uns dos outros pela natureza diversa de seus trabalhos, até mesmo ocupados em oficinas ou fábricas diferentes, somente se encontravam reunidos no momento da última refeição ou de dormir; a fadiga do dia não

---

<sup>336</sup> Ibid., p. 115. Esta obra de ENGELS, que vem sendo usada recorrentemente, foi criticada por alguns historiadores, cujas críticas foram refutadas por HOBBSAWN. Nesse sentido, vide os seguintes artigos de Eric Hobsbawn: “O padrão de vida inglês de 1790 a 1850”; “A História e as ‘*Satânicas Fábricas Escuras*’”; e “O Debate do Padrão de Vida: um Pós-escrito”. Todos eles em: HOBBSAWN, Eric J. **Os Trabalhadores: Estudos sobre a História do Operariado** [Labouring Men: studies in the history of labour]. Tradução Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 83-154. Sobre os padrões e experiências da classe operária inglesa deste período, vide: THOMPSON, Edward Palmer. **A formação da classe operária inglesa** [The making of the English working class]. V. II: A maldição de Adão. 4ª. Ed. Tradução Renato Busatto Neto e Cláudia Rocha de Almeida. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

lhes deixava outro sentimento senão a necessidade de repouso, eles adormeciam rapidamente para se separarem novamente a partir da alvorada. Toda comunicação de sentimentos e de inteligência eram rompidos entre eles, e eles não eram mais que companheiros de quartos uns dos outros<sup>337</sup>.

Além disso, a disciplina fabril era nova para os trabalhadores, que estavam habituados ao sistema doméstico de trabalho<sup>338</sup>. Os valores dos salários pagos eram os mais irrisórios possíveis. Usava-se sobremaneira a mão-de-obra feminina e a infantil por serem mais baratas, e o homem ficava sem ocupação<sup>339</sup>.

Na França, a jornada de trabalho para os trabalhadores das fábricas de algodão e lã era de 15 (quinze) horas. Na fiação mecânica, a duração da jornada, onde quer que se pudesse trabalhar à luz da lâmpada, era, para ambos os sexos e para todas as idades, dependendo da estação do ano, de 14 (quatorze) a 15 (quinze) horas, em que uma ou duas horas eram consagradas à refeição e ao descanso, reduzindo o trabalho real a 13 (horas) por dia. Mas, para muitos trabalhadores que residiam a meia légua (*demi-lieue*)<sup>340</sup> ou mesmo a uma légua (*lieue*) e cinco quartos de légua (*cinq quarts de lieue*), deveria ser adicionado a cada dia o tempo necessário para chegar ao trabalho e ir para casa<sup>341</sup>.

<sup>337</sup> BURET, Eugène. **De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France**. v. II. Paris : Chez Paulin, Librairie, 1840. p. 19-20. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=fwtvYWCpLu0C&printsec=frontcover&dq=eug%C3%A8ne+buret&hl=pt-BR&sa=X&ei=o\\_JpT6nxDcm9tweAg5H0CA&ved=0CDIQ6AEwAA#v=onepage&q=eug%C3%A8ne%20buret&f=false](http://books.google.com.br/books?id=fwtvYWCpLu0C&printsec=frontcover&dq=eug%C3%A8ne+buret&hl=pt-BR&sa=X&ei=o_JpT6nxDcm9tweAg5H0CA&ved=0CDIQ6AEwAA#v=onepage&q=eug%C3%A8ne%20buret&f=false)>. Acesso em: 21 mar. 2012, 12:28:57. Em sentido convergente, vide: CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Op. Cit. p. 293. Duas obras literárias retratam bem a situação da classe operária no século XIX: ZOLA, Émile. **Germinal** [Germinal]. Tradução Francisco Bittencourt. São Paulo: Círculo do Livro, 1976; DICKENS, Charles. **Hard Times for These Times**. New York: Hurd and Houghton, 1869. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books/download/Hard\\_Times\\_for\\_these\\_Times.pdf?id=vaI-AAAAAYAAJ&hl=pt-BR&capid=AFLRE734-\\_I\\_zzHOp4bzyqDBsvdRYJv\\_PpL-LOa55067DFNUhN\\_Y5z\\_2IjhgwVmhvXgCqRTgsrh1HuFuJwR3Ga2pdSdLC15yiw&continue=http://books.google.com.br/books/download/Hard\\_Times\\_for\\_these\\_Times.pdf%3Fid%3DvaI-AAAAAYAAJ%26hl%3Dpt-BR%26output%3Dpdf](http://books.google.com.br/books/download/Hard_Times_for_these_Times.pdf?id=vaI-AAAAAYAAJ&hl=pt-BR&capid=AFLRE734-_I_zzHOp4bzyqDBsvdRYJv_PpL-LOa55067DFNUhN_Y5z_2IjhgwVmhvXgCqRTgsrh1HuFuJwR3Ga2pdSdLC15yiw&continue=http://books.google.com.br/books/download/Hard_Times_for_these_Times.pdf%3Fid%3DvaI-AAAAAYAAJ%26hl%3Dpt-BR%26output%3Dpdf)>. Acesso em: 22 mar. 2012, 14:03:44.

<sup>338</sup> HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem** [Man's Worldly Goods: The Story of The Wealth of Nations]. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981. p. 161. No mesmo sentido, vide: MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. São Paulo: LTr, 2011. p. 136.

<sup>339</sup> HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Op. Cit. p. 162.

<sup>340</sup> *Lieue* é uma medida antiga que, na França, equivale a aproximadamente quatro quilômetros. Logo, *demi-lieue* é a metade disto. Contudo, no Brasil uma *légua* equivale a 6.600 metros.

<sup>341</sup> DOLLÉANS, Édouard. **Histoire du mouvement ouvrier**. v. I: 1830-1871. 4ª. Ed. Paris: Librairie Armand Collin, 1948. p. 15. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/classiques/dolleans\\_edouard/hist\\_mouv\\_ouvrier\\_1/hist\\_mouv\\_ouvr\\_1.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/dolleans_edouard/hist_mouv_ouvrier_1/hist_mouv_ouvr_1.html)>. Acesso em: 30 mar. 2012, 15:40:28. Sobre as condições de vida dos trabalhadores na França deste período, de forma detalhada, vide: VILLERMÉ, Louis René. **Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie**. Textes choisis et présentés par Yves TYL. Paris : Union Générale d'Éditions, 1971. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/classiques/villermelouis\\_rene/tableau\\_etat\\_physique\\_moral/tableau\\_etat\\_physique.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/villermelouis_rene/tableau_etat_physique_moral/tableau_etat_physique.html)>. Acesso em: 30 mar. 2012, 16:14:49; NOIRIEL, Gérard. **Les ouvriers dans la société française** :

Nas cidades da Alsácia, onde o preço elevado dos alugueis e os níveis salariais não permitiam aos trabalhadores do algodão residir nas proximidades das suas fábricas ou oficinas, as fiações e tecelagens mecânicas abriam geralmente às cinco horas da manhã e fechavam às oito da noite, às vezes às nove. Assim, o dia de trabalho era de pelo menos 15 (quinze) horas. Um período de meia hora para o almoço e uma hora para o jantar. Em consequência, os trabalhadores jamais trabalhavam menos que 13 (treze) horas e ½ (meia) por dia. Nas fábricas ou oficinas onde se tecia à mão, o tempo de trabalho era maior porque muitos tecelões levavam para casa os fios que eram tecidos em família. A jornada começava frequentemente com o amanhecer, às vezes mais cedo, e ela se prolongava até bem tarde da noite, até as dez ou onze horas<sup>342</sup>.

### 3.2.2. *Reação dos trabalhadores: o Luddismo*

69. O que se vê, portanto, é que o desenvolvimento do processo produtivo, com a utilização continuada das máquinas provocou a extensão da jornada de trabalho e a “intensificação do próprio trabalho”. Destarte, não pode causar estranheza o fato de a revolta dos operários explicitar-se por meio da destruição de máquinas<sup>343</sup>.

Deve-se ressaltar, primeiramente, que o movimento de destruição de máquinas foi chamado de Luddismo, termo usado em decorrência do nome de seu líder Ned Ludd<sup>344</sup>.

Ademais, o *Luddismo* abrangia, ao menos, “dois tipos de quebra de máquinas”.

Um deles não se refere a qualquer hostilidade diretamente com as máquinas, mas sim que a sua quebra representava uma forma de pressão com a finalidade de lograr melhores condições de trabalho em negociações coletivas. Essa técnica se, por um lado, representava uma forma eficiente de pressionar o patronato a fazer concessões, por outro, propiciava a “solidariedade essencial dos trabalhadores”<sup>345</sup>.

O outro tipo de quebra de máquinas exterioriza a aversão da classe trabalhadora às “novas máquinas” que “economizavam mão-de-obra”. Isso, na verdade, era desdobramento

XIX<sup>o</sup>-XX<sup>o</sup> siècle. Paris: Éditions du Seuil, 1986. p. 11-82.

<sup>342</sup> DOLLÉANS, Édouard. **Histoire du mouvement ouvrier**. v. I : 1830-1871. Op. Cit. p. 15-16.

<sup>343</sup> ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu** [Sozialgeschichte der Europäischen Arbeiterbewegung]. Tradução Ina de Mendonça. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977. p. 14-15. No mesmo sentido, vide: HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Op. Cit. p. 168.

<sup>344</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 143.

<sup>345</sup> HOBBSAWN, Eric J. Os destruidores de máquinas. In: **Os Trabalhadores: Estudos sobre a História do Operariado**. Op. Cit. p. 19-23.

de três situações: (a) a preocupação com o fato de que a utilização das máquinas ocasionava o aumento do desemprego, e, por conseguinte, o achatamento do “padrão de vida habitual”; (b) a maior parte das máquinas era introduzida em períodos de relativa prosperidade o que fazia com que a oposição não fosse tão acentuada a elas (as máquinas); e (c) havia simpatia de certos setores da população (pequenos lojistas ou patrões locais) com a causa do *Luddismo*<sup>346</sup>.

### 3.2.3. A luta pela liberdade de associação

70. Mas não somente o *Luddismo* foi uma forma de luta dos trabalhadores por melhores condições de trabalho. Eles tiveram, sobretudo, que batalhar pelo reconhecimento da liberdade de associação.

Com efeito, pode-se dizer que o sindicalismo passou por três fases: a proibição, a tolerância e a legalização<sup>347</sup>. Cabe, um estudo mais detalhado acerca do Reino Unido e da França, as principais nações industrializadas do período.

#### 3.2.3.1. A luta pela liberdade de associação no Reino Unido

71. Neste sentido, a história do movimento sindicalista britânico, por exemplo, no período anterior a 1824 caracteriza-se por uma época marcada pela perseguição e contínua repressão<sup>348</sup>.

Em 1800, o *Combination Act*, aprovado pelo Parlamento britânico, foi não somente uma codificação das leis então existentes (e que eram contrárias à liberdade de associação), além da extensão de sua aplicação a categorias específicas para toda a indústria, como também representou um novo e momentâneo rumo. Até então, a autoridade central ou local agira como uma corte de apelação sobre todas as questões que afetassem o trabalho e os

<sup>346</sup> Ibid., p. 23-30. Sobre o Luddismo, com mais detalhes, vide: THOMPSON, Edward Palmer. **A formação da classe operária inglesa** [The making of the English working class]. v. III: A força dos trabalhadores. Tradução Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 124-180.

<sup>347</sup> Vide, com maior profundidade, esta temática em: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 3ª. Ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 37-73.

<sup>348</sup> WEBB, Sidney e WEBB, Beatrice. **The History of Trade Unionism**. Ed. Rev. Ampl. New York: Longmans, 1920. p. 64. Disponível em: <<http://archive.org/details/historytradeunionism00passuoft>>. Acesso em: 27 mar. 2012, 10:42:00. Acerca deste período anterior à liberdade de associação no Reino Unido, vide: THOMPSON, Edward Palmer. **A formação da classe operária inglesa** [The making of the English working class]. V. III: A força dos trabalhadores. Op. Cit.

salários do cidadão. Se o empregador (*master*) e os jornaleiros não haviam chegado a um acordo quanto ao que constituía um salário justo por um trabalho honesto, a regra<sup>349</sup> (*haggling*) do mercado era peremptoriamente substituída pela determinação da autoridade, supostamente por razões de conveniência social, do padrão de remuneração. Provavelmente, a fixação concreta de salários por juízes de paz caiu muito rapidamente em desuso no que respeita à maioria das indústrias, apesar de ordens formais serem encontradas em atas das “Quarter Sessions” durante o primeiro quarto do século XIX, e os traços profundos da longa prática sobreviveu nas taxas habituais de contratação. No final do século XVIII, de qualquer modo, a negociação livre entre o capitalista e seus operários tornou-se praticamente o único método de fixação de salários. Foi então que a injustiça da proibição dos sindicatos (*combinations*) de jornaleiros tornou-se visível<sup>350</sup> (*apparent*).

Um único empregador (*master*), disse Lord Jeffrey, ‘estava em liberdade para em qualquer momento dispensar (*turn off*) todos os seus operários de uma vez — 100 ou 1000 em número — se eles não aceitassem o salário que ele escolhera para lhes oferecer. Mas era considerada uma ofensa se o conjunto dos trabalhadores de uma só vez deixassem de trabalhar para o empregador (*master*) se ele se recusasse a dar o salário que eles haviam escolhido exigir’.

O que era ainda mais opressivo era o uso pelos empregadores da ameaça de processo para evitar até mesmo o início da resistência entre os trabalhadores em relação a uma eventual redução dos salários ou agravamento de condições<sup>351</sup>.

Apesar de o *Combination Act* de 1800 contemplar a proibição também das associações sindicais patronais, a aplicação da lei para estas não era feita com o mesmo rigor que o era para as associações de trabalhadores. Por exemplo, ninguém processou os empresários<sup>352</sup> (*masters*) cuteleiros que, em 1814, formaram abertamente a *Sheffield Mercantile and Manufacturing Union*, tendo como sua regra principal que nenhum comerciante ou fabricante deveria pagar preços mais altos para qualquer artigo de Sheffield

<sup>349</sup> Na verdade, o termo *haggling* significa pechincha. Entretanto, entendeu-se que a tradução como *regra* teria mais sentido no contexto da frase.

<sup>350</sup> Na verdade, o termo *apparent* significa aparente. Entretanto, entendeu-se que a tradução como *visível* teria mais sentido no contexto da frase.

<sup>351</sup> WEBB, Sidney e WEBB, Beatrice. **The History of Trade Unionism**. Op. Cit. p. 72. Ainda, sobre o *Combination Act* proibindo o direito de associação, vide: ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 16-17; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 41.

<sup>352</sup> Na verdade, o termo *master* significa patrão, empregador. Entretanto, entendeu-se que a tradução como *empresário* teria mais sentido no contexto da frase.

do que aqueles que haviam sido os praticados no ano anterior, sob pena de multa de £ 100 por cada violação deste acordo ilegal. Durante toda a época da repressão, enquanto milhares de jornaleiros sofreram do crime de associação, não há nenhum caso registrado em que o empregador foi punido pelo mesmo crime<sup>353</sup>.

Mas isso não significa que todas as associações de trabalhadores foram processadas ou que elas estavam paralisadas. Contando com a ineficiência da polícia e com a ausência de promotor público, em alguns casos as associações conseguiram fazer valer suas exigências frente a empregadores. Assim, em 1804 ouvimos até mesmo de uma comissão mista constituída por um número igual de mestres e artífices, autorizados por seus respectivos órgãos para enquadrar os regulamentos para o futuro pagamento do trabalho, e resultando na elaborada “escala” de 1805, assinada tanto pelos empresários quanto pelos trabalhadores<sup>354</sup>.

Para THOMPSON o *Combination Act* acabou unindo ainda mais as “correntes sindicalista e jacobina clandestina”. Assim, fermentaram novas ideias e formas de organização. Em 1811 surgiu uma nova forma de “radicalismo popular” e de um “sindicalismo militante”<sup>355</sup>.

Neste contexto, o movimento para a revogação do *Combination Act* começou em um período de deslocamento industrial e de severa repressão política. Os resultados econômicos da longa guerra [período napoleônico], culminando com os baixos preços comparativos para a maioria dos produtos manufaturados, com a exceção do trigo, levaram em 1816 a uma redução quase universal dos salários em todo o país. Em desafio aberto à lei os empresários (*masters*), em muitos casos, deliberadamente fizeram acordos<sup>356</sup> (*combined in agreements*) para pagar taxas mais baixas. Este acordo não se limitava aos empregadores de um determinado setor (*particular trade*), o que poderia ter sido confrontado por grupos organizados de jornaleiros, mas estendido, em alguns casos, a todos os setores de trabalho<sup>357</sup> (*all employers of labour*) em uma localidade em

---

<sup>353</sup> WEBB, Sidney e WEBB, Beatrice. **The History of Trade Unionism**. Op. Cit. p. 73.

<sup>354</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>355</sup> THOMPSON, Edward Palmer. **A formação da classe operária inglesa** [The making of the English working class]. v. I: A árvore da liberdade. 6ª. Ed. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 242-243.

<sup>356</sup> Na tradução literal *combined in agreements* significa combinaram em acordos. Entretanto, entendeu-se que ficaria mais contextualizado se a expressão acima fosse traduzida como *fizeram acordos*.

<sup>357</sup> Na tradução literal *all employers of labour* significa todos os empregadores de trabalho. Entretanto, entendeu-se que ficaria mais contextualizado se a expressão acima fosse traduzida como *todos os setores de trabalho*.

particular<sup>358</sup>.

Como consequências da redução dos salários ocorreram greves em todo o país, e elas foram recebidas, não por reparação ou simpatia, mas por uma explosão de processos e sentenças com ferocidade maior do que a habitual. A *common law* e antigos *statutes* foram impiedosamente utilizados para complementar os *Combination Acts*, muitas vezes por meio de construções tensas<sup>359</sup>.

Após as lutas pelo direito de associação, finalmente, houve a revogação do *Combination Act* em 1824, com as especiais participações de Francis Place e Joseph Hume durante o processo legislativo<sup>360</sup>.

Os empresários reagiram. A abertura da sessão de 1825 encontrou os empregadores em todo o país completamente revoltados (*aroused*)<sup>361</sup>. Todavia, o Ato de 1825 (6 Geo. IV. c. 129) — que ficou conhecido entre os fabricantes (*manufacturers*) como “*Peel’s Act*” — embora aquém em relação àquilo que tão habilidosamente Place e Hume haviam pilotado no Parlamento no ano anterior, efetuou uma verdadeira emancipação. O direito de negociação coletiva, envolvendo o poder de reter trabalho do mercado por uma ação concertada (*withhold labour from the market by concerted action*), foi pela primeira vez, expressamente estabelecido. E embora ainda restassem muitas lutas para serem travadas antes que a legalização da liberdade de associação sindical (*legal freedom of Trade Unionism*) estivesse completamente assegurada, não houve, desde então, qualquer tentativa evidente para tornar ilegal esta primeira condição da ação sindical (*the first condition of Trade Union action*)<sup>362</sup>.

Logo, pela primeira vez os operários conquistaram um direito que era, na prática, como visto acima, assegurado tão-somente ao patronato: “liberdade de associação”. Com isso, rapidamente floresceram pelo Reino Unido diversas entidades sindicais representativas dos trabalhadores. Elas tinham como objetivo “fixar o salário”, negociar coletivamente, buscar a participação nos lucros, lutar pela manutenção de condições conquistadas em todos os ramos, a constituição de fundos de caixa para auxiliar os operários em situações de contingência (desemprego, por exemplo), enfim, a união dos

---

<sup>358</sup> WEBB, Sidney e WEBB, Beatrice. **The History of Trade Unionism**. Op. Cit. p. 93.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 96-104. No mesmo sentido, vide: ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 18-19; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 43.

<sup>361</sup> WEBB, Sidney e WEBB, Beatrice. **The History of Trade Unionism**. Op. Cit. p.105.

<sup>362</sup> *Ibid.*, p. 108.

trabalhadores em prol de melhores condições sociais e de trabalho<sup>363</sup>.

Já em 1834 foi fundada a “União dos Grandes Sindicatos Nacionais Consolidados”, que tinha um contingente de “meio milhão de trabalhadores”, entidade “inspirada por Robert Owen” e que depois “comandou o *cartismo*”. Após, em 1850, fundou-se o “*Amalgamated Society of Engeneers*”, que era um sindicato de abrangência nacional, sendo que, em 1871, com o advento do “*Trade Unions Act*”, adveio o “*tradeunionismo*”, denominação conferida ao movimento sindical inglês, que é considerado o mais antigo do mundo<sup>364</sup>.

### 3.2.3.2. A luta pela liberdade de associação na França

72. Na França, desde o final do século XVIII, havia a proibição das associações ou coalizões. A Lei Le Chapelier, aprovada em 14 de junho de 1791, estabeleceu a proibição das corporações, associações ou coalizões, com a retórica da “liberdade de trabalho”. Antes, as corporações detinham o monopólio de certos ofícios, sendo, então, necessária uma modificação neste estado de coisas para instaurar um regime de produção efetivamente capitalista.

Esta Lei, já em seu artigo 1º, estabelecia que a aniquilação de todas as espécies de corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão era um dos fundamentos da Constituição francesa, proibindo-se o seu restabelecimento de fato, sob qualquer pretexto e sob qualquer forma<sup>365</sup>.

Logo, a negociação deveria ser feita diretamente entre o trabalhador e o empregador, sem qualquer intermediação por parte de entes coletivos.

A partir de agora, o trabalho é uma mercadoria vendida em um mercado que obedece à lei da oferta e da procura. A relação que une o trabalhador a seu empregador tornou-se uma simples ‘convenção’, isto é, um contrato entre dois parceiros que se entendem sobre o salário, mas esta transação não é mais

<sup>363</sup> ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Op. Cit. p. 250.

<sup>364</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 43.

<sup>365</sup> FRANÇA. **Loi du 14 Juin 1791**. Loi Le Chapelier. Disponível em: <[http://www.lexinter.net/lois/loi\\_du\\_14\\_juin\\_1791\\_\(loi\\_le\\_chapelier\).htm](http://www.lexinter.net/lois/loi_du_14_juin_1791_(loi_le_chapelier).htm)>. Acesso em: 02 abr. 2012, 17:11:07. Art. 1. L'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit.

regulada por sistemas de coerções ou de garantias externas à própria troca. O mundo do trabalho vai mudar de base. É uma revolução na Revolução<sup>366</sup>.

Entretanto, apesar desta legislação, o primeiro terço do século XIX conheceu numerosas coalizões, mas nenhuma delas apresentava os seguintes aspectos de forma conjugada: a luta corporativa pela defesa dos salários e das condições econômicas; a reivindicação do direito do trabalhador; a ação criativa e construtiva<sup>367</sup>.

De qualquer forma, havia coalizões operárias e patronais. As primeiras eram combatidas e a elas procurava-se aplicar a legislação proibitiva. Em relação às últimas havia tolerância.

Isto porque a Restauração e a Monarquia de Julho continuaram a tática e agravaram a severidade do Primeiro Império. A alta burguesia estava no poder; ela tinha medo das associações de trabalhadores e aproveitaram o regime censitário para negar o direito de associação aos trabalhadores, mantidos longe da política. Quando os trabalhadores se uniram para fazer greve, a burguesia os aprisionou ou mesmo os fuzilou<sup>368</sup>.

Durante a primeira metade do século XIX, o *compagnonnage* agonizava, no entanto, ela era quase a única organização operária que havia sobrevivido ao antigo regime. Ela estava na clandestinidade porque o medo prevalecia dentro da classe trabalhadora. Em 1840, sob a influência de *Moreau* e de *Agricol Perdiguier*, os “deveres” rivais se reconciliaram no Sindicato dos Trabalhadores, sociedade de seguros mútuos englobava os companheiros de toda a França<sup>369</sup>.

Em 1848 o Governo Provisório proclamou a liberdade de associação, mas ela foi efêmera, porque em 1849 os artigos 414 a 418 do Código Penal Francês, referentes aos crimes relativos às coalizões, tiveram agravadas as penas ali previstas<sup>370</sup>.

As associações, então, passaram a existir sob a forma de sociedades de seguros mútuos, que eram permitidas pela Lei de 15 de julho de 1850. Mas, a partir de 1860, o Segundo Império teve de fechar os olhos. Naquela época, o *compagnonnage*, morto pela

<sup>366</sup> CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Op. Cit. p. 250.

<sup>367</sup> DOLLÉANS, Édouard. **Histoire du mouvement ouvrier**. v. I : 1830-1871. Op. Cit. p. 39.

<sup>368</sup> BRISSON, Pierre. **Histoire du travail et des travailleurs**. Paris: Librairie CH. Delagrave, 1906. p. 505-506. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/classiques/dolleans\\_edouard/hist\\_mouv\\_ouvrier\\_1/hist\\_mouv Ouver\\_1.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/dolleans_edouard/hist_mouv_ouvrier_1/hist_mouv Ouver_1.html)>. Acesso em: 02 abr. 2012, 17:30:00.

<sup>369</sup> Ibid., p. 506.

<sup>370</sup> Ibid., loc. cit.

estranheza de seus ritos, pelos caminhos de ferro, pelo desaparecimento do *Tour de France*, pelo seu respeito desatualizado às antigas formas de contrato de trabalho, deu lugar a sindicatos de trabalhadores que nem sequer se preocuparam em se esconder<sup>371</sup>.

O governo tentou desviar para o seu lado o movimento sindical ao opor-se-lhe o movimento republicano. Grevistas foram perdoados; foi enviada para a Exposição em Londres (1862), a expensas do governo, uma delegação de trabalhadores franceses, dois anos mais tarde, a Lei de 1864 aboliu em parte o delito de coalizão<sup>372</sup>.

A Lei de 25 de maio de 1864, ao modificar os artigos 414, 415 e 416 do Código Penal, reconheceu o direito de greve<sup>373</sup>.

Todavia, como observou MORAES, a reforma era incongruente, porquanto se, por um lado, permitia aos “operários o direito de coligação”, por outro, vedava-lhes o direito de “se concertarem para organizar a coligação”, o que implicava que os trabalhadores podiam se entender entre eles, mas sem o direito de se reunirem<sup>374</sup>.

Era, então, necessária uma reforma legislativa para dissipar essa incompatibilidade criada pela lei de 1864. E essa questão dos sindicatos foi levada ao parlamento pelo projeto Lockroy em 1876. Depois de muitos debates, a Câmara votou um texto liberal, que autorizava os sindicatos e as uniões dos sindicatos. O Senado aceitou os sindicatos e repeliu as uniões dos sindicatos como um espantalho. A lei voltou à Câmara em 1883 sob o ministério de Ferry. M. Waldeck-Rousseau, ministro do Interior, e foi aprovada; ele provocou os temores quiméricos do Senado inspirados pela “união dos sindicatos”. O ministro triunfou; as uniões dos sindicatos foram finalmente aceitas e a lei foi promulgada em 21 de março de 1884<sup>375</sup>.

#### 3.2.4. *Lutas sociais e o Cartismo*

73. Entre 1815 e 1848 houve “três ondas revolucionárias” na Europa ocidental. A

---

<sup>371</sup> Ibid., p. 506-507.

<sup>372</sup> Ibid., p. 507.

<sup>373</sup> GUYOT, Yves. **Les conflits du travail et leur solution**. Paris: Bibliothèque-Charpentier, 1903. p. 100. Disponível em: <<http://archive.org/details/lesconflitsdutr00guyogooq>>. Acesso em: 03 abr. 2012, 11:12:26.

<sup>374</sup> MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de Direito Operário**. 3ª. Ed. São Paulo: LTr, 1986. p. 51-52.

<sup>375</sup> BRISSON, Pierre. **Histoire du travail et des travailleurs**. Op. Cit. p. 510. No mesmo sentido, ou seja, de que a Lei Waldeck-Rousseau trouxe a liberdade de associação na França, vide: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 40; MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de Direito Operário**. Op. Cit. p. 52.

primeira foi em 1820-4. Basicamente, a área em que ela aconteceu resumiu-se ao Mediterrâneo, mais especificamente, na Espanha, em Nápoles e na Grécia. A “segunda onda”, entre os anos de 1829 e 1834, envolveu “toda a Europa a oeste da Rússia”, além do “continente americano”. Esta “segunda onda” foi um acontecimento considerado mais “sério” que a primeira. E a “terceira e maior das ondas” foi em 1848, tendo sido produto do período anterior e espalhou-se pela Europa, tendo sido denominada de “Primavera dos Povos”<sup>376</sup>.

Não cabe, para os efeitos deste estudo, esmiuçar cada um dos períodos. Todavia, neste momento, o segundo período é o que mais interessa. E, de forma mais específica, abordar-se-á a situação do Reino Unido, local onde a Revolução Industrial já se encontrava em um estágio mais avançado que os demais países da Europa.

Em julho de 1830, no Reino Unido, foi fundada a Associação Nacional para a Proteção do Trabalho. Ela foi o resultado de um encontro de delegados de vinte sindicatos (*organised trades*) que acontecera em Manchester em fevereiro de 1830. O objeto expresso dessa sociedade era de resistir a pioras nas condições de trabalho (*reductions*), mas não de fazer greve para melhorias (*advances*). Em um discurso eloqüente voltado a toda classe trabalhadora (*working men of all trades*), a nova Associação apelou a eles para se unirem para sua própria proteção e para manterem a “harmonia da sociedade”, que era destruída pela sua sujeição<sup>377</sup>.

A década de 30 do século XIX foi de grande agitação no Reino Unido. Os trabalhadores se uniram em associações de âmbito nacional, fizeram greves e manifestações diversas por melhores condições de trabalho, contudo, eles não foram bem-sucedidos. Houve, inclusive, a tentativa de formação de cooperativas por Robert Owen, que, entretanto, também não lograram êxito<sup>378</sup>.

Algumas características do período podem fornecer melhores elementos para entender a inquietação desta época. O ódio da Nova Lei Pobres<sup>379</sup>, em relação aos impostos injustos sobre os alimentos, da opressão geral das classes dominantes, resplandece (*blazes out*) nos registros sindicais da época. A agitação pelos “Seis Pontos”, estabelecidos (*set on*

<sup>376</sup> HOBBSAWN, Eric J. **Era das Revoluções**: Europa 1789-1848. Op. Cit. p. 159-163.

<sup>377</sup> WEBB, Sidney e WEBB, Beatrice. **The History of Trade Unionism**. Op. Cit. p. 120.

<sup>378</sup> Ibid., p. 113-174. Sobre a experiência de Robert Owen, vide: MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 153-157. Acerca do período de agitação na França da década de 30 do século XIX, vide: DOLLÉANS, Édouard. **Histoire du mouvement ouvrier**. v. I: 1830-1871. Op. Cit. p. 42-60.

<sup>379</sup> Sobre a nova Lei dos Pobres (1834) e a miséria existente no Reino Unido neste período, vide: BURET, Eugène. **De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France**. v. I. Op. Cit. p. 138-201. Vide, ainda : CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Op. Cit. p. 281.

*foot*) por Lovett e outros na Associação dos Trabalhadores (*Working Men's Association*) de 1836, tornou-se o centro da aspiração da classe trabalhadora. O *Northern Star*, iniciado no final de 1837, distanciou rapidamente todos os outros periodicos provinciais (*provincial journals*) em circulação. Os conferencistas da Liga Anti-Lei do Milho (*Anti-Corn Law League*) aumentaram o descontentamento popular, mesmo quando sua própria panaceia particular não encontrava aceitação. Um desespero geral de reforma constitucional levou à supremacia crescente da seção de “força física” dos cartistas, e para a insurgência de 1839-42<sup>380</sup>.

A luta pelos “Seis Pontos” foi chamada de *Cartismo* e representou uma mudança no padrão de reivindicação do movimento trabalhista, que, até então, resumia-se à atuação econômica. O *Cartismo* coloca em discussão o direito ao voto.

Os líderes da *Londoner Working Men's Association*, que elaboraram o programa da fase seguinte do movimento trabalhista inglês, ou seja as seis reivindicações da *People's Charter* (1838), em grande parte haviam adquirido sua experiência na fase anterior: assim William Lovett (nota), James Watson e Henry Hetherington. Sua meta era: direito generalizado de voto, secreto e equitativo para todos os homens; equitativa divisão em círculos eleitorais; jêções para os deputados; redução dos períodos legislativos — em suma, a transformação da Inglaterra numa democracia. Paralelamente surgiu a *London Democratic Association*, à qual pertencia O'Brien, o tradutor para o inglês da obra de Buonarrotti intitulada *Geschichte der Verschwörung der Gleichen*, associação que trouxe para o movimento trabalhista as ideias da revolução francesa e dos grupos de conspiradores revolucionários continentais. Também a petição de Birmingham — igualmente formulada por operários qualificados — defendia essencialmente os mesmos objetivos. À crise comercial e o desemprego em massa dos anos de 1839 a 1843 deram grande ressonância em todo o país ao movimento do *Charter*. Jamais se conseguiu, contudo, unir realmente os líderes desse movimento depois que a Câmara dos comuns rechaçou um abaixo-assinado em massa em prol da *People's Charter*, que foi a primeira Petição Nacional. A briga entre os dois grupos adversários de liderança, o *Moral Force Party*, que era adepto da agitação a longo prazo e de uma aliança com os grupos liberais da *Courgeoisie* industrial inglesa, e o *Physical Force Party*, que tinha as greves em massa como elemento decisivo de luta — impedia qualquer tipo de ação coesa. O movimento das greves em massa de 1842 não obedecia a qualquer plano e surgiu de forma totalmente inesperada para ambos os grupos. Apesar disso, no entanto, o resultado surpreendente para a Inglaterra de então, da nova

<sup>380</sup> WEBB, Sidney e WEBB, Beatrice. *The History of Trade Unionism*. Op. Cit. p. 174.

petição do ano de 1842, com 3,3 milhões de assinaturas, demonstrava bem o tamanho e a expressão do movimento, o que finalmente levou o Parlamento à concessão sócio-política que foi a *Lei da Mineração*. A abolição dos impostos de importação do trigo, em 1846, foi, em primeiro plano, um triunfo da *Courgeoisie* industrial sobre os latifundiários, mas revelava já o medo das classes superiores de que o movimento operário da *Charter* tivesse novo surto. Há muito tempo a *Lei das Dez Horas* fora a meta econômica dos sindicatos e dos adeptos da *Charter*; e a lei de 1847, que finalmente veio limitar a jornada de trabalho a dez horas, foi o resultado da última onda de atuação em massa dos charteristas, atuação que, aliás, pouco depois do fracasso das grandes demonstrações de massa, em abril de 1848, e da derrota da revolução continental, acabou morrendo naquele mesmo ano<sup>381</sup>.

Os trabalhadores passaram a fazer, portanto, não somente reivindicações econômicas, mas também políticas. As lutas pela aprovação de lei que limitasse a jornada de trabalho a 10 (dez) horas, no âmbito econômico, e pela *Charter*, no aspecto político, tornaram-se palavras de ordem para a classe operária<sup>382</sup>.

Aliás, os anos 1846-1847 representaram um período que marcou época na história econômica da Inglaterra. A revogação das *Corn Laws*, e dos impostos sobre o algodão e

---

<sup>381</sup> ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 20-21. Para HOBBSAWN o movimento socialista e proletário inglês em favor da Carta do Povo, que chegou ao seu auge entre 1839 e 1842, mas que “manteve sua influência até depois de 1848, foi sua mais formidável realização”. Neste sentido, vide: HOBBSAWN, Eric J. **Era das Revoluções: Europa 1789-1848**. Op. Cit. p. 175. Para mais detalhes em relação ao *cartismo*, vide: WEBB, Sidney e WEBB, Beatrice. **The History of Trade Unionism**. Op. Cit. p. 174-179; DOLLÉANS, Édouard. **Histoire du mouvement ouvrier**. v. I : 1830-1871. Op. Cit. p. 89-162; GAMMAGE, R. G. **History of the Chartist movement: 1837-1854**. Newcastle: Browne & Browne; London: Truslove & Hanson, 1894. Disponível em: <<http://archive.org/details/cu31924028231318>>. Acesso em: 12 abr. 2012, 19:23:35; WALLAS, Graham. **The life of Francis Place [1771-1854]**. New York: Alfred A. Knopf, 1919. Disponível em: <<http://archive.org/details/lifeoffrancispl00wall>>. Acesso em: 14 abr. 2012, 17:44:00; DOLLÉANS, Édouard. **Le Chartisme (1830-1848)**. v. I. Paris: H. Floury, 1912. Disponível em: <<http://archive.org/details/lechartisme1830101dollaruoft>>. Acesso em: 14 abr. 2012, 17:55:15; DOLLÉANS, Édouard. **Le Chartisme (1830-1848)**. v. II. Paris: H. Floury, 1913. Disponível em: <<http://archive.org/details/lechartisme1830102dollaruoft>>. Acesso em: 14 abr. 2012, 18:03:22; HOVELL, Mark. **The Chartist Movement**. Manchester: Manchester University Press; London, New York, Bombay: Longmans, Green, 1918. Disponível em: <<http://archive.org/details/cu31924028231334>>. Acesso em: 14 abr. 2012, 18:07:54; ROSENBLATT, F. F. **The Social and Economic Aspects of Chartist Movement**. New York: Columbia University, 1916. Disponível em: <<http://archive.org/details/cu31924002614109>>. Acesso em: 14 abr. 2012, 18:12:33; SLOSSON, P. W. **The Decline of Chartist Movement**. New York: Columbia University, 1916. Disponível em: <<http://archive.org/details/declineofchartis00slos>>. Acesso em: 14 abr. 2012, 18:16:40; FAULKNER, H. V. **Chartism and Churches: A Study in Democracy**. New York: Columbia University, 1916. Disponível em: <<http://archive.org/details/cu31924028231300>>. Acesso em: 14 abr. 2012, 18:19:01; BEER, M. **A History of British Socialism**. Great Britain, 1923. Disponível em: <<http://archive.org/details/historyofbritish01beer>>. Acesso em: 14 abr. 2012, 18:20:45.

<sup>382</sup> MARX, Karl. **Capital: A Critique of Political Economy**. v. I: The Process of Production of Capital. Tradução da primeira edição inglesa de 1887. Tradução Samuel Moore e Edward Aveling, editado por Friedrich Engels. p. 175. Disponível em: <<http://archive.org/details/CapitalVolume1>>. Acesso em: 10 abr. 2012, 12:31:52.

outras matérias-primas; o comércio livre proclamado como a estrela-guia da legislação; numa palavra, a chegada do milênio. Por outro lado, nos mesmos anos, o movimento cartista e a agitação pela jornada de 10 horas atingiram o seu ponto mais alto. Eles encontraram aliados nos *Tories* ofegantes por vingança. Apesar da oposição fanática do exército de perjuros do livre-comércio, com Bright e Cobden em sua cabeça, a Lei das Dez Horas, batalhado por tanto tempo, foi aprovada pelo Parlamento<sup>383</sup>.

Além disso, pela nova Lei de Fábrica de 08 de junho de 1847, promulgada em 01 de julho de 1847, deveria haver uma redução preliminar da jornada de trabalho para “jovens” (de 13 a 18 anos), e todas as mulheres, para 11 horas, mas que em 01 de maio de 1848, deveria haver uma limitação definida do dia de trabalho para 10 horas. Em outros aspectos, a lei somente alterou e completou os Atos de 1833 e 1844<sup>384</sup>.

O que se verifica, portanto, é que “as duas investidas do movimento trabalhista inglês entre as duas revoluções de 1830 e 1848” propiciaram aos trabalhadores dos demais países “o esquema de suas próprias lutas classistas”, até porque foram atingidos resultados específicos que, por si sós, representaram que as ações do operariado poderiam “levar o poder público a intervenções sócio-políticas” no sentido da melhoria das condições sociais e de trabalho da classe trabalhadora<sup>385</sup>.

Neste sentido,

o movimento operário proporcionou uma resposta ao grito do homem pobre. Ela não deve ser confundida com a mera reação coletiva contra o sofrimento intolerável, que ocorreu em outros momentos da história, nem sequer com a prática da greve e outras formas de militância que se tornaram características da classe trabalhadora. Estes acontecimentos também têm sua própria história que começa muito antes da revolução industrial. O verdadeiramente novo no movimento operário do princípio do século XIX era a consciência de classe e a ambição de classe. Os ‘pobres’ não mais se defrontavam com os ‘ricos’. Uma *classe* específica, a classe operária, trabalhadores ou proletariado, enfrentava a dos patrões ou capitalistas. A Revolução Francesa deu confiança a esta nova classe; a revolução industrial provocou nela uma necessidade de mobilização permanente. Uma existência decente não podia ser obtida simplesmente por meio de um protesto ocasional que servisse para restabelecer a estabilidade da sociedade perturbada temporariamente. Era necessária uma eterna vigilância,

---

<sup>383</sup> Ibid., p. 176.

<sup>384</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>385</sup> ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 22.

organização e atividade do ‘movimento’ — o sindicato, a sociedade cooperativa ou mútua, instituições trabalhistas, jornais, agitação. Mas a própria novidade e a rapidez da mudança social que os envolvia, encorajava os trabalhadores a pensar em termos de uma sociedade totalmente diversa, baseada na sua experiência e em suas ideias em oposição às de seus opressores. Seria cooperativa e não competitiva, coletivista e não individualista. Seria ‘socialista’, e representaria não o eterno sonho da sociedade livre, que os pobres sempre levam no recôndito de suas mentes, mas na qual só pensam em raras ocasiões de revolução social generalizada, e sim uma alternativa praticável e permanente para o sistema em vigor<sup>386</sup>.

### 3.2.5. *A Primavera dos Povos (Revoluções de 1848)*

74. Como visto alhures, entre 1815 e 1848 houve “três ondas revolucionárias” na Europa ocidental. A primeira não foi abordada, porquanto transborda os limites deste estudo. A segunda “onda” acabou de ser estudada. Resta a “terceira e maior das ondas”, que foi produto do período anterior e espalhou-se pela Europa, e que foi denominada de “Primavera dos Povos”.

A Primavera dos Povos foi um período revolucionário ocorrido na história da Europa, com efeitos sobre outros países, decorrente da contestação ao capitalismo e dos seus efeitos deletérios sobre as condições de vida da maioria da população<sup>387</sup>.

Ela foi a “mais ampla e a menos bem sucedida revolução” ocorrida. Em pouco tempo ela alastrou-se por diversos países europeus, entre eles, França, Alemanha, Áustria, Hungria, Itália, a antiga Tchecoslováquia, parte da Polônia e Romênia. Inclusive, ela exerceu influência sobre a Insurreição de 1848 havida em Pernambuco, no Brasil, podendo ser considerada a “primeira revolução potencialmente global”. Entretanto, em curto período de tempo ela foi derrotada, eis que, dezoito meses depois de sua irrupção, de todos os regimes que derrubara apenas um, a França, não havia sido restaurado<sup>388</sup>.

Vários fatores são comuns às revoluções de 1848: elas foram vitoriosas e derrotadas de forma rápida; elas foram revoluções sociais dos trabalhadores pobres, o que também pode explicar o seu fracasso; o ímpeto foi mantido somente onde havia radicais fortes para

<sup>386</sup> HOBBSAWN, Eric J. **Era das Revoluções**: Europa 1789-1848. Op. Cit. p. 291-292.

<sup>387</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 174.

<sup>388</sup> HOBBSAWN, Eric J. **A Era do Capital, 1848-1875** [The Age of Capital 1848-1875]. Tradução Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. p. 28-29.

empurrarem os moderados para “frente” ou para fazer a revolução sem estes, o que era mais bem constatado nos locais em que o ponto fundamental era a “libertação nacional”, que demandava a mobilização das massas, fato que explica por que a revolução teve maior duração na Itália e na Hungria; diante das revoluções a burguesia preferiu unir-se às forças conservadoras, temendo que algo ocorresse com o direito de propriedade; os regimes conservadores restaurados passaram a fazer concessões ao liberalismo econômico defendido pela burguesia, sendo que a década de 1850 foi tida como um período de “liberalização sistemática”; no que concerne aos trabalhadores pobres, “faltavam-lhes organização, maturidade, liderança”, além da “conjuntura histórica” propícia a lhe fornecer uma “alternativa política”<sup>389</sup>.

75. Cabem algumas considerações em relação a este período de fundamental importância para este trabalho, devido às lutas por direitos sociais. A Revolução de 1848 ocorreu de forma intensa na França, cuja história há de ser abordada com mais detalhamento.

Alguns fatores devem ser considerados para explicar a Revolução de 1848. Neste contexto, a *praga da batata* e as *más colheitas* de 1845 e 1846 aumentaram a efervescência geral do povo. A carestia de 1847 fez estalar conflitos sangrentos não só em França como no resto do Continente<sup>390</sup>.

O segundo grande acontecimento econômico que acelerou o rebentar da revolução foi uma *crise geral do comércio e da indústria na Inglaterra*. Anunciada já no Outono de 1845 pela derrota maciça dos especuladores em ações dos caminhos-de-ferro, retardada durante o ano de 1846 por uma série de casos pontuais, como a iminente abolição das taxas aduaneiras sobre os cereais, acabou por eclodir no Outono de 1847 com a bancarrota dos grandes mercadores coloniais londrinos, seguida de perto pela falência dos bancos provinciais e pelo encerramento das fábricas nos distritos industriais ingleses. Ainda os efeitos desta crise não se tinham esgotado no continente e já rebentava a revolução de Fevereiro<sup>391</sup>.

Assim sendo, pode-se dizer, neste contexto, que desde a primavera de 1847, uma crise financeira passou da Grã-Bretanha para a França. Foi em plena crise que se produziram os dias de fevereiro. Na breve e densa história da Segunda República René

---

<sup>389</sup> Ibid., p. 33-44.

<sup>390</sup> MARX, Karl. **Les luttes des classes en France (1848-1850)**. Coleção “Les classiques des sciences sociales”. p. 26. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/classiques/Marx\\_karl/luttes\\_de\\_classes\\_france/luttes\\_classes\\_france.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/Marx_karl/luttes_de_classes_france/luttes_classes_france.pdf)>. Acesso em: 14 mai. 2012, 11:07:46.

<sup>391</sup> Ibid., loc. cit.

Arnaud pôde notar que “se os trabalhadores são tão caros à república é porque eles esperam mais e melhor que os sonhos socialistas: eles lhe pedem primeiro o pão...”<sup>392</sup>.

A Revolução de Fevereiro foi o resultado de erros da monarquia de julho e um governo que transformou a corrupção em um sistema; mas ela é também a sequência do longo progresso de ideias republicanas de 1833-1848. Em fevereiro, o desemprego atingiu uma série de indústrias. A construção de ferrovias e os avanços tecnológicos resultaram na expropriação de um grande número de artesãos da indústria têxtil e de transporte. Na sequência da crise das estradas de ferro em 1847, a produção havia sido reduzida consideravelmente na França. A crise, que paralisou as linhas de construção, teve seu efeito sobre a indústria de mineração e metalurgia: a última, que havia aumentado sua produção de energia, viu os pedidos de seu melhor cliente ser reduzidos. A queda na produção de aço manifestou-se pela redução do consumo de carvão, de 78 milhões de quintais (cada quintal equivale a cem quilos) métricos para 60 milhões em 1847. Enquanto em 1847 foram fabricados em França 887.000 quintais métricos de trilhos, somente 412.000 foram fabricados em 1848, o que representa menos de 50%. De 15.000 mineiros em 1847, a extração de minérios somente ocupava 10.000 trabalhadores em 1848, uma redução de um terço<sup>393</sup>.

O governo editou um decreto para reconhecer o direito ao trabalho. Em 27 de fevereiro, o governo provisório decidiu criar oficinas nacionais (*ateliers nationaux*) através de um decreto cuja execução estava a cargo do Ministro das Obras Públicas; ao mesmo tempo, com a criação da Guarda Nacional Móvel, ele esperava, com o pagamento de 1 franco e 50 por dia, engajar uma série de jovens trabalhadores. Mas estas duas medidas eram insuficientes; e não acalmaram a impaciência de um povo que ainda se lembrava da decepção de 1830. Elas responderam mal às suas expectativas. Em 28 de fevereiro, milhares de trabalhadores classificados por sindicatos de ofícios (*corps de métiers*), reuniram-se em estado de greve; suas bandeiras portavam os dizeres: “Ministério do Progresso; Organização do trabalho; Abolição da exploração do Homem pelo Homem”<sup>394</sup>.

Sob a ameaça de demissão, Louis Blanc e Albert obtiveram de seus colegas um decreto que instituiu a Comissão do Governo para os Trabalhadores. A Comissão para os Trabalhadores foi chamada de Comissão do Luxemburgo, sendo que o Presidente foi Louis Blanc, e o vice-presidente, Albert, que era mecânico, e cujo nome verdadeiro era Martin e

---

<sup>392</sup> DOLLÉANS, Édouard. **Histoire du mouvement ouvrier**. v. I: 1830-1871. Op. Cit. p. 180.

<sup>393</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>394</sup> Ibid., p. 181.

que, como Louis Blanc, fora eleito por aclamação popular no pátio do Hotel Bouillon, sob as janelas do escritório da Reforma (*La Reforme*). A presença de Albert, ao lado dos republicanos burgueses, grandes ou pequenos burgueses, jornalistas, intelectuais, e do banqueiro Goudchaux, marcou bem o que foi a República de 1848 desde o primeiro dia, um desequilíbrio (*porte à faux*)<sup>395</sup>.

Na verdade, o *Governo provisório* que se ergueu nas barricadas de Fevereiro espelhava necessariamente na sua composição os diferentes partidos entre os quais se repartia a vitória. Não podia, pois, ser outra coisa senão *um compromisso das diferentes classes* que, conjuntamente, tinham derrubado o trono de Julho, mas cujos interesses se opunham hostilmente. A sua *grande maioria* compunha-se de representantes da burguesia. A pequena burguesia republicana estava representada por Ledru-Rollin e Flocon; a burguesia republicana por gente do *National*; a oposição dinástica por Crémieux, Dupont de l'Eure, etc. A classe operária tinha apenas dois representantes: Louis Blanc e Albert. Por fim, a presença de Lamartine no Governo provisório — isso não era a princípio um interesse real, uma classe determinada: era a própria revolução de Fevereiro, o seu levantamento comum com as suas ilusões, a sua poesia, o seu conteúdo imaginário, as suas frases. De resto, o porta-voz da revolução de Fevereiro, pela sua posição como pelas suas opiniões, pertencia à *burguesia*<sup>396</sup>.

Paralelamente, as reivindicações corporativas do movimento operário, existentes desde 1840, formavam um programa de legislação de proteção do trabalho. E, de fato, a legislação de proteção do trabalho foi a obra mais importante de 1848. A única eficaz, pode-se acrescentar<sup>397</sup>.

Além disso, toda uma série de reformas sociais foi realizada ou esboçada nas primeiras semanas. Em vários pontos, ela não foi bem sucedida; em outros, onde as reformas foram imediatas, a Assembléia Constituinte, depois de junho, e a Assembléia Legislativa retomaram o entusiasmo ditado pelas primeiras semanas<sup>398</sup>.

O mais relevante é que pela primeira vez na França um governo teve o mérito de compreender que era necessário, na medida em que pôde proporcionar uma legislação protetora, corrigir as condições e a organização do trabalho que sofriam os

---

<sup>395</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>396</sup> MARX, Karl. **Les luttes des classes en France (1848-1850)**. Op. Cit. p. 27.

<sup>397</sup> DOLLÉANS, Édouard. **Histoire du mouvement ouvrier**. v. I: 1830-1871. Op. Cit. p. 182.

<sup>398</sup> Ibid., loc. cit.

trabalhadores<sup>399</sup>.

Como visto antanho, em 28 de fevereiro o governo provisório criou a Comissão para os Trabalhadores, composta por trabalhadores (a maioria) e patrões. Em sua primeira sessão, em 1º de março, a Comissão para os Trabalhadores, presidida por Louis Blanc, logo começou a estudar a questão da redução da jornada de trabalho e a abolição da intermediação de mão-de-obra (*marchandage*). Em 2 de março, ela chamou os patrões para darem a sua opinião sobre estas duas medidas. O decreto de 2-4 de março, que aboliu a intermediação de mão-de-obra (*marchandage*) e fixou a jornada de trabalho em Paris em 10 horas e nas províncias em 11 horas, ratificou um acordo entre ambas as partes. Um decreto de 04 de abril de 1848 estabeleceu uma multa, e, em caso de reincidência, a prisão, aos patrões de Paris que não cumprissem o decreto de 2 de março<sup>400</sup>.

A título de comparação, a lei inglesa de 1847, conhecida como Lei Ashley (*Ashley Bill*), limitou a 10 horas o trabalho de mulheres e crianças nas fábricas e indústrias têxteis, ao passo que o decreto do governo provisório francês limitou a jornada de trabalho a 10 horas em Paris e 11 horas nas províncias para todos os trabalhadores adultos. Foi, portanto, um avanço importante<sup>401</sup>.

Prosseguindo, em 8 de março, um decreto estabeleceu agências de colocação (*bureaux de placement*) gratuitas nas prefeituras. O prefeito de polícia<sup>402</sup> suprimiu as agências de colocação e suas funções confiadas aos representantes dos trabalhadores ou aos sindicatos: para a padaria, por uma ordem dada em 25 de março – para os cozinheiros, em 26 de março – para trabalhadores de restaurantes, em 27 Março – para os trabalhadores em comércio de vinho, em 29 de março, em 29 de abril, para os sapateiros – e em 31, para os cabeleireiros. Em 26 março de 1848, a Sociedade Central dos Artistas da Culinária recebeu, por ordem do prefeito de polícia, o monopólio da colocação dos cozinheiros. Os trabalhadores em restaurantes, em 27 de março, constituíram uma sociedade mútua de colocação. Em 28 de março de 1848, a Comissão do Luxemburgo convida o prefeito de polícia para ratificar, por uma ordem, para os trabalhadores de panificação, uma nova regulamentação do trabalho, adotada após um acordo entre os delegados dos patrões e dos trabalhadores de panificação<sup>403</sup>.

---

<sup>399</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>400</sup> Ibid., p. 183.

<sup>401</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>402</sup> Prefeito de polícia é uma autoridade vinculada ao Ministério do Interior, sendo responsável por garantir a segurança de pessoas e bens no território da região de Paris.

<sup>403</sup> DOLLÉANS, Édouard. **Histoire du mouvement ouvrier**. v. I: 1830-1871. Op. Cit. p. 183-184.

Por outro lado, ao lado das conquistas podem-se indicar as indecisões das Assembléias Constituinte e Legislativa, tais como: o projeto de Lei Wolowski sobre o trabalho de mulheres e crianças; a proposição Peupin de 9 de agosto de 1848 sobre a aprendizagem, a proposição Loiset de 02 de junho de 1848, para classificar as fábricas de motores mecânicos entre os estabelecimentos perigosos ou insalubres que não podiam ser abertos sem autorização; as circulares ministeriais de 1848 a 1852 que ordenava o uso do branco do zinco branco em vez da cerusa nos trabalhos feitos em nome do Estado, departamentos e municípios. Uma proposta de criação de uma bolsa de trabalhadores estava sendo debatida na Assembléia Legislativa em 03 de março de 1851<sup>404</sup>.

Com o passar do tempo as medidas adotadas passaram a ser questionadas. No final de março, o número de pessoas empregadas pelas oficinas (*ateliers*) era de 40.000 homens, ao custo de 70.000 francos por dia. Mas já não ocupava os homens mais que um dia a cada quatro. Em maio, os trabalhadores das oficinas (*ateliers*) tinham passado de 100.000. Depois de 15 de maio a Assembléia Constituinte considerou que a organização das oficinas nacionais (*ateliers nationaux*) era “uma organização complicada e perigosa”<sup>405</sup>.

Assim, uma evolução que ocorreu durante as semanas de março e abril, e depois das eleições da Assembleia Constituinte dentro Assembleia: a República das primeiras horas, a República “social”, lenta, mas seguramente tendeu a evoluir para República de conservação social<sup>406</sup>.

Em 15 de junho, Goudchaux exigiu a imediata dissolução das Oficinas Nacionais (*Ateliers Nationaux*). 110.000 homens ficaram sem meios de subsistência. Goudchaux era presidente da Comissão Especial nomeado pela Assembleia Nacional. Seu relator era o Sr. Falloux, um homem enérgico que sabia o que queria: acabar com todas as utopias socialistas, contrárias à prosperidade empresarial e à liberdade na indústria<sup>407</sup>.

Sob a pressão da Assembleia e da Comissão Especial, o Governo, em 21 de junho, publicou no *Moniteur* uma ordem para os trabalhadores de 18-25 anos, inscritos nas Oficinas Nacionais (*Ateliers Nationaux*), para se alistarem no exército e os outros deveriam estar prontos para trabalhar nos departamentos, e nos trabalhos de terraplanagem. Foi suprimido o departamento médico e setor de seguros. Em 22 de junho, a discussão sobre a proposta de aquisição das ferrovias mostrou que a Assembleia não que usar esta forma de

---

<sup>404</sup> Ibid., p. 184.

<sup>405</sup> Ibid., p. 188.

<sup>406</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>407</sup> Ibid., p. 189.

ocupar os 100.000 homens sem trabalho<sup>408</sup>.

Em 23 de junho, 1500 homens, portando bandeiras (*bannières en tête*), dirigiram-se para o *Panthéon*, liderados por Louis Pujol, que, em 15 de maio, em um folheto, profetizou dias sangrentos, escreveu: “Os trabalhadores vos disseram: nós temos o direito de viver trabalhando, e vocês responderam: nós temos o direito de vos deixar morrer de fome, ou vocês trabalharão como nós queremos”. Marie responde à delegação que o chamou: “Se os trabalhadores não querem partir para a província, nós os levaremos pela força... pela força, vocês ouviram?” Longas filas de homens e mulheres caminhavam pela cidade, dizendo: “pão ou chumbo! Chumbo ou trabalho!”<sup>409</sup>.

A imprensa anunciou que os moderados decidiram deixar crescer a insurgência para, em seguida, esmagá-la. A polícia e as tropas eram invisíveis<sup>410</sup>.

Na noite de 22 para 23, o Ministro do Interior era o Dr. Recurt, que, quando houvera sido estudante de medicina, em 1833, tinha feito parte da Comissão de propaganda da Sociedade dos Direitos Humanos e ele se lembrava de quando havia exclamado: “Nós ainda podemos parar tudo”. Arago apoiou-o. Eles protestavam quando Cavaignac disse que se devia esperar: “É uma batalha que se deseja, isso é um absurdo!” Cavaignac preparou as suas colunas de assalto. Ele queria uma batalha e uma vitória sobre aqueles que retornaram ao lema dos cartistas: “É melhor morrer por uma bala que de fome”<sup>411</sup>.

A insurreição de junho foi um fato exclusivamente da classe trabalhadora. As pessoas tomaram a opinião de qualquer de seus dirigentes habituais. Os trabalhadores estavam cansados dos doadores conselhos; eles não entenderam nada em todas as teorias que os ideólogos desenvolveram por força de longos discursos em reuniões que não tinham levado a lugar algum. Se não tivéssemos falado de escárnio e punição da discórdia, calando todos os Proudhon, Louis Blanc e Cabet, e não os deixar sair da prisão antes que eles haviam concordado em reformas? No entanto, os democratas republicanos passaram a ser odiados pelos trabalhadores tanto quanto os inventores de sistemas. As pessoas que trabalhavam consideravam-se os eternos joguetes das ambições de alguns e das palavras de outros. O número de desempregados aumentou desde a revolução de fevereiro, e agora querem retirar o pedaço de pão dado a eles pelas Oficinas Nacionais (*Ateliers Nationaux*). Avançando sozinho para os insurgentes da barricada da Rua Soufflot, François Arago

---

<sup>408</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>409</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>410</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>411</sup> Ibid., loc. cit.

esperava convencê-los. Ele começou um discurso:

Por que vocês se insurgem contra a lei? – Já nos foi prometido tanto e nós mal temos mais do que as palavras. – Mas por que fazer as barricadas? – Nós os criamos juntos em 1832, então vocês não se lembram mais do Claustro de Saint-Merri?... Mas, Sr. Arago, por que nos censurar, você não sabe o que é a miséria, você nunca passou fome<sup>412</sup>.

Rapidamente, a burguesia liberal uniu-se à reação feudal e houve um massacre contra os trabalhadores cometido pelo General Cavaignac, tendo resultado na prisão de três mil operários<sup>413</sup>.

Com a promulgação da nova Constituição, ainda em 1848, foi instituída a república como forma de Estado, e, além dela, foi previsto o sufrágio universal. Em 10 de dezembro do mesmo ano em uma disputa entre Cavaignac e Louis Bonaparte, o último ganhou a eleição com os votos do operariado e do campesinato, tendo sido proclamado, em 20 de dezembro, pela Assembleia Constituinte, Presidente da República francesa<sup>414</sup>.

Louis Bonaparte, segundo a então vigente Constituição francesa de 1848, teria um mandato de quatro anos, sendo vedada a reeleição. Entretanto, em 1851 ele articulou um golpe de Estado que o transformou em imperador da França, com o título de Napoleão III<sup>415</sup>.

Como visto acima, a Primavera dos Povos representou um período de revoluções sociais na Europa que foram exitosas no início, mas derrotadas em curto período de tempo. Depois dela segue-se um período de prosperidade do capitalismo, que HOBBSAWN denomina, sugestivamente, de “Era do Capital”.

---

<sup>412</sup> Ibid., p. 190.

<sup>413</sup> ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 25. No mesmo sentido, vide: MARX, Karl. **Les luttes des classes en France (1848-1850)**. Op. Cit. p. 39.

<sup>414</sup> MARX, Karl. **Les luttes des classes en France (1848-1850)**. Op. Cit. p. 49-50.

<sup>415</sup> Para mais detalhes em relação ao período entre a eleição de Louis Bonaparte e o golpe de Estado, vide: MARX, Karl. **Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte**. Paris: Les Éditions sociales, 1969. Coleção “Classique du Marxisme”. Tradução 3ª Ed. Alemã de 1885. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/classiques/Marx\\_karl/18\\_brumaine\\_louis\\_bonaparte/18\\_brumaine\\_louis\\_bonaparte.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/Marx_karl/18_brumaine_louis_bonaparte/18_brumaine_louis_bonaparte.pdf)>. Acesso em: 14 mai. 2012, 13:22:25.

### 3.2.6. A Era do Capital

76. O intervalo de tempo entre as décadas de 50 e 70 do século XIX foram uma era de intensa expansão econômica e de consolidação do capitalismo, sendo que uma parte dos “países desenvolvidos” converteu-se em “economias industriais”<sup>416</sup>.

Neste sentido,

as exportações inglesas cresceram tão rapidamente quanto nos primeiros sete anos da década de 1850. Os produtos de algodão inglês, pioneiros na penetração no mercado por mais de meio século, aumentaram sua *taxa* de crescimento em relação às décadas anteriores. Entre 1850 e 1860 a taxa duplicou. Em números absolutos, o desempenho é ainda mais impressionante: entre 1820 e 1850, essas exportações cresceram em 1.100 milhões de jardas, mas entre 1850 e 1860 elas cresceram mais 1.300 milhões. O número de máquinas de algodão cresceu de 100 mil entre os períodos de 1819 a 1821 e 1844 a 1846 para o dobro disso na década de 1850. E estamos aqui lidando com uma grande indústria havia muito estabelecida e, mais do que isso, que acabava de perder terreno nos mercados europeus nessa década devido à rapidez do desenvolvimento das indústrias locais. Para onde olharmos, evidências similares da grande expansão podem ser encontradas. A exportação de ferro da Bélgica mais que duplicou entre 1851 e 1857. Na Prússia, um quarto de século antes de 1850, 67 companhias de ações haviam sido fundadas com um capital total de 45 milhões de táleres mas, entre 1851 e 1857, 115 companhias similares tinham-se estabelecido — *excluindo* as companhias de estradas de ferro — com um capital total de 144,5 milhões, quase todas elas nos anos eufóricos entre 1853 e 1857. Não é necessário multiplicar essas estatísticas, embora os homens de negócios da época (especialmente os fundadores de sociedades) as tenham lido e divulgado com avidez<sup>417</sup>. (itálicos do original).

Em decorrência da expansão econômica a situação política acalmou e as ondas revolucionárias arrefeceram. Em 1857 houve um curto período de depressão econômica, mas que não se prolongou o suficiente para impulsionar movimentos revolucionários. A década de 1860 houve nova expansão econômica que propiciou relativa estabilidade política, que foi interrompida por fatores externos, como a “Guerra Civil Americana de

<sup>416</sup> HOBBSBAWN, Eric J. *A Era do Capital, 1848-1875*. Op. Cit. p. 54.

<sup>417</sup> *Ibid.*, p. 54-55.

1861 a 1865”, mas que não implicou novo ímpeto revolucionário<sup>418</sup>.

O progresso econômico desta era propiciou a melhoria da “situação material” de parte da classe trabalhadora das indústrias, conquanto não se tivesse constatado significativa alteração de sua participação no “produto interno bruto global”<sup>419</sup>. Houve concessões, por exemplo, na França, como a criação de “tribunais de ofícios”, de instituições voltadas ao “bem-estar dos trabalhadores”, além da criação de “clubes de consumo apolíticos”, expediente usado para “apaziguar dos trabalhadores em relação ao regime e impedir o ressurgimento de sua autoconsciência social”<sup>420</sup>.

77. Conquanto a “Era do Capital” tenha sido um período áureo para o capitalismo do século XIX, o movimento trabalhista não ficou totalmente paralisado. Em 1850, por exemplo, houve a criação do *Amalgamated Society of Engineers*, sindicato nacional inglês. Após, em 1871, com a edição do *Trade Unions Act*, adveio o movimento sindical inglês, denominado de *tradeunionismo*, “o mais antigo sindicalismo do mundo”. Os acordos feitos entre os sindicatos e os empregadores, chamados de *gentlemen’s agreements*, começaram a ser feitos nesta época e foram as origens dos atuais acordos coletivos de trabalho<sup>421</sup>.

Os anos seguintes foram um período de intenso crescimento do sindicalismo inglês, que, inclusive, passaram a ter reservas para financiar campanhas políticas do Partido Trabalhista (*Labour Party*), criado em 1893. Além disso, os denominados “*shop stewards*”, representantes ou delegados sindicais na empresa, passaram a ter existência nesta época. Por isso a Inglaterra é conhecida como a “pátria autêntica da negociação coletiva”<sup>422</sup>.

Além disso, a crise de 1857 reativou o movimento trabalhista na França, com a realização de greves voltadas à “manutenção do nível salarial”. Posteriormente, o governo francês, então, advogando uma política de “simpatia com os trabalhadores” resolveu enviar uma “delegação de trabalhadores” para a Exposição Mundial de Londres, realizada em 1862. Dentre os membros da delegação, que haviam sido eleitos pelos operários, destacavam-se “adeptos de PROUDHON”, liderados por “HENRY LOUIS TOLAIN”.

<sup>418</sup> Ibid., p. 56-57. Apesar do arrefecimento das ondas revolucionárias, o período aqui abrangido não foi exatamente uma época de calmaria. Houve diversas guerras, sobretudo em virtude das unificações da Alemanha e da Itália. Para mais detalhes em relação a este período de guerras e formação de novos Estados europeus, vide: HOBBSBAWN, Eric J. **A Era do Capital, 1848-1875**. Op. Cit. p. 107-220.

<sup>419</sup> ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 32.

<sup>420</sup> Ibid., p. 33.

<sup>421</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 43. Sobre o movimento sindical inglês deste período, vide, com mais detalhes: WEBB, Sidney e WEBB, Beatrice. **The History of Trade Unionism**. Op. Cit. p. 180-298.

<sup>422</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 44.

Após contatos desta delegação com o *Conselho Sindical* londrino, houve a discussão em torno da criação de uma associação internacional de trabalhadores<sup>423</sup>.

Criou-se, então, a *Associação Internacional de Trabalhadores* em 1864, sendo que MARX foi eleito um de seus dirigentes. Primeiramente, havia uma divergência entre os pontos de vista de MARX e de OWEN e MAZZINI, sendo que acabou prevalecendo as ideias do primeiro. Neste sentido, pregava-se como ponto de partida a “totalidade do movimento”, mais especificamente, a “necessidade da luta comum de classes por parte dos trabalhadores”, conquanto MARX tenha conseguido incluir apenas de forma “condicionada a teoria política e social” que havia exposto no “Manifesto Comunista de 1848”<sup>424</sup>.

A Associação Internacional de Trabalhadores aos poucos foi ganhando prestígio até a derrota da Comuna de Paris em 1871. Entretanto, ela ajudou a incrementar a solidariedade nas lutas trabalhistas, tendo contribuído para recrudescer a “autoconscientização política e social dos trabalhadores que ela representava”<sup>425</sup>.

No “Congresso genebrino de 1866”, por exemplo, a *Associação*, por intermédio da proposta de MARX, passou a exigir políticas estatais no sentido da proteção do trabalho de mulheres e crianças e da “limitação da jornada de trabalho a oito horas”. A ideia era de transformar o poder político, que era desfavorável à classe trabalhadora, em seu “próprio agente”<sup>426</sup>.

Dois anos mais tarde, em Bruxelas, haveria a aprovação, com a oposição da delegação francesa, de uma definição da *Internacional* em prol da “socialização dos meios de produção por imposição do poder público”, além da tentativa de se conter o conflito entre a Alemanha e a França por meio de greves, fato que não se concretizou<sup>427</sup>.

Mas as divergências continuavam entre os partidários de PROUDHON e de MARX

<sup>423</sup> ABENDROTH, Wolfgang. *A História Social do Movimento Trabalhista Europeu*. Op. Cit. p. 34.

<sup>424</sup> *Ibid.*, p. 35. O Manifesto Comunista de 1848 expõe as ideias, fins e tendências do comunismo diante do mundo. Nele é expressa a luta de classes e a transformação da sociedade com o capitalismo. As condições de existência do proletariado impelem as massas para a consciência de classe. Prega-se a necessidade de união da classe trabalhadora, porquanto as lutas são de toda a classe proletária, independentemente de nacionalidades. A finalidade dos operários era derrubar a supremacia burguesa, tomar o poder político e abolir a propriedade. Para mais detalhes, vide: MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifeste du Parti Comuniste**. Publicado em “Essais sur la conception matérialiste de l’histoire (1897)”. Tradução Laura Lafargue. Paris: V. Giard & Brière, Libraires-éditeurs, 1897. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/classiques/Engels\\_Marx/manifeste\\_communiste/Manifeste\\_communiste.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/Engels_Marx/manifeste_communiste/Manifeste_communiste.pdf)>. Acesso em: 17 mai. 2012, 10:13:40.

<sup>425</sup> ABENDROTH, Wolfgang. *A História Social do Movimento Trabalhista Europeu*. Op. Cit. p. 36.

<sup>426</sup> *Ibid.*, p. 37-38.

<sup>427</sup> *Ibid.*, p. 38-39.

nas conferências anuais da *Associação*, o que acabaria por decompô-la mais tarde<sup>428</sup>. Na verdade, abrir-se-ia uma nova fase do movimento trabalhista europeu que se daria mediante a criação dos “partidos trabalhistas” de caráter nacional<sup>429</sup>.

Antes, contudo, da *Primeira Internacional*, foi instaurado o primeiro governo operário da história, a Comuna de Paris. Ela foi, na verdade, um desdobramento da Guerra Franco-Prussiana, iniciada em 1870 e findada em 1871. A guerra foi vencida pela Prússia, que estava mais preparada militarmente que a França, mas Paris recusou a capitulação, tendo o governo revolucionário sido denominado de Comuna de Paris e vigorado por menos de dois meses.

Embora tenha durado pouco tempo,

a Comuna de Paris foi, como a maior parte da história revolucionária de nosso período, importante não tanto pelo que realizou como pelo que anunciou; era mais formidável como um símbolo de que como um fato. Sua verdadeira história é obscurecida pelo mito enormemente poderoso que gerou, tanto na França quanto (através de Karl Marx) no movimento socialista internacional; um mito que reverbera até hoje, principalmente na República Popular da China. Ela foi extraordinária, heróica, dramática e trágica, mas em termos concretos foi breve, e na opinião da maioria dos observadores mais sérios condenada, um governo insurrecional de trabalhadores em uma única cidade, cuja realização maior foi o fato de ser realmente um *governo*, ainda que tenha durado menos de dois meses. Lenin, depois de outubro de 1917, iria contar os dias até a data em que pôde triunfantemente dizer: já duramos mais do que a Comuna. Porém os historiadores deveriam resistir à tentação de diminuí-la em retrospectiva. Se do chegou a ameaçar seriamente a ordem burguesa, pelo menos aterrorizou a todos pela sua mera existência. Se sua vida e morte foram cercadas por pânico e histeria, especialmente na imprensa internacional, que a acusava de instituir o comunismo, expropriar os ricos e partilhar suas mulheres, de terror, massacre generalizado, caos, anarquia ou o que mais provocasse pesadelos nas classes respeitáveis — tudo, não é necessário dizer, arquitetado pela Internacional. Mais importante, os próprios governos sentiram a necessidade de entrar em ação contra a ameaça internacional à ordem e à civilização. Excetuando-se a

---

<sup>428</sup> A *Associação Internacional de Trabalhadores* foi fundada contemplando uma combinação de diferentes grupos ideológicos, contendo “líderes sindicalistas ingleses insulares e liberal-radicais”, além de “militantes sindicalistas franceses” mais radicais, e um grupo de “velhos revolucionários do continente” com ideias divergentes e incompatíveis. As batalhas ideológicas decorrentes desta diversidade é que acabariam por arruinar a *Primeira Internacional*. Neste sentido, vide: HOBBSBAWN, Eric J. **A Era do Capital, 1848-1875**. Op. Cit. p. 163. Sobre a *Primeira Internacional*, com mais detalhes, vide: DOLLÉANS, Édouard. **Histoire du mouvement ouvrier**. v. I: 1830-1871. Op. Cit. p. 217-286.

<sup>429</sup> ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 38-39.

colaboração internacional entre policiais e uma tendência (vista como mais escandalosa ontem do que seria hoje) a negar aos membros da Comuna fugitivos o status protetor de refugiados políticos, o chanceler austríaco — apoiado por Bismarck, homem não dado a reações de pânico — sugeria a formação da Contra-Internacional Capitalista. O medo da revolução era um fato maior na constituição da Liga dos Três Imperadores de 1873 (Alemanha, Áustria, Rússia), vista como uma nova Santa Aliança ‘contra o radicalismo europeu que tem ameaçado todos os tronos e instituições’, embora o rápido declínio da Internacional tivesse tornado esse objetivo menos urgente na época em que foi finalmente instituída. O fato significativo nesse nervosismo foi que os governos temiam agora não a revolução social, mas a revolução proletária. Os marxistas, que viam a Comuna essencialmente como um movimento proletário, estavam na berlinda dos governos e da opinião pública ‘respeitável’ da época<sup>430</sup>. (itálicos do original).

Mesmo antes da Comuna de Paris a imprensa burguesa europeia tentara difamar a *Associação Internacional de Trabalhadores*. Posteriormente, em 1879 a Encíclica "*Quod apostolici muneris*", do Papa Leão XIII procurou atacar o comunismo<sup>431</sup>.

De qualquer forma, conforme já antecipado, as divergências havidas dentro da *Associação* acabaram por decompô-la. A derrota da Comuna de Paris acabou com qualquer esperança de revolução democrática na Europa. Em 1871 a *Internacional* editou resolução no sentido da necessidade de criação de “partidos trabalhistas legais nos diversos países europeus como premissa de uma revolução socialista”. Esta resolução teve a oposição dos discípulos de BAKUNIN e de BLANQUI. No ano seguinte, no Congresso de Haia, houve a transferência da sede da Associação para os Estados Unidos, o que representou o fim da *Primeira Internacional*, que seria formalmente extinta em 1876<sup>432</sup>.

Para ABENDROTH, na verdade, o Congresso de Haia “encerrou uma fase evolutiva do movimento trabalhista europeu”, a *Primeira Internacional*, mas que possibilitou o surgimento de uma nova fase, com a criação dos “partidos trabalhistas nacionais nos países europeus, sua união no seio da Segunda Internacional e a ascensão

---

<sup>430</sup> HOBBSBAWN, Eric J. **A Era do Capital, 1848-1875**. Op. Cit. p. 236-237. Para mais detalhes em relação à Comuna de Paris, vide: MARX, Karl. **La Guerre Civile en France**. Coleção “Les classiques des sciences sociales”. Disponível em: <[http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques\\_des\\_sciences\\_sociales/index.html](http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html)>. Acesso em: 17 mai. 2012, 11:41:26; DOLLÉANS, Édouard. **Histoire du mouvement ouvrier**. v. I : 1830-1871. Op. Cit. p. 287-308.

<sup>431</sup> ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 41-42.

<sup>432</sup> *Ibid.*, p. 42.

dos sindicatos também no continente”<sup>433</sup>.

### 3.2.7. *A Era dos Impérios*

78. O período áureo do capitalismo do século XIX, aqui chamado de “Era do Capital”, iniciou-se com a derrota da Primavera dos Povos e encerrou-se com a depressão econômica da década de 70 do mesmo século. Após isto, seguir-se-ia uma época de “grandes corporações industriais”, com “intervenção governamental”, e as mais diversas “ortodoxias de política econômica”. Entrou-se, então, em uma era de competição entre “economias industriais nacionais rivais”, levando à “concentração econômica, controle de mercado e manipulação”. Chegou-se a um período de imperialismo, com o “capitalismo monopolista” e a integração dos “países subdesenvolvidos” como dependentes em um contexto econômico dominado pelos “países desenvolvidos”<sup>434</sup>.

Algumas características podem ser ressaltadas deste novo mundo: ele passou a ser global, havendo países ricos e países pobres; a emergência dos Estados-nação, havendo, inclusive, lutas por independências nacionais; a educação em massa oferecida pelo Primeiro Mundo destoava da dos países menos desenvolvidos, onde somente a parte rica da população tinha acesso à educação; o progresso tecnológico teve crescimento exponencial; passou-se a usar a explicação biológica para a desigualdade (racismo)<sup>435</sup>.

Prosseguindo, houve nesta época um contínuo aumento da produção, mas com queda da lucratividade; por isso, fala-se em período de depressão econômica; novos países entraram na Revolução Industrial, como a Suécia e a Rússia; os preços dos produtos agrícolas caíram substancialmente, tendo havido o aumento da emigração e da formação de cooperativas; houve deflação entre 1873 e 1896; os custos de produção eram estáveis, já que não houve redução de salários; os países começaram a editar medidas alfandegárias para proteger as respectivas indústrias; dentre os países industriais mais importantes apenas a Grã-Bretanha adotou o comércio livre e irrestrito; ao mesmo tempo, ela era o país de maiores níveis de exportação de produtos industriais, de capital, de serviços financeiros, e de serviços de transporte; ainda, ela era o maior mercado importador de produtos primários do mundo subdesenvolvido, o que a fez abandonar sua própria agricultura; intensificou-se

---

<sup>433</sup> Ibid., p. 43.

<sup>434</sup> HOBBSBAWN, Eric J. **A Era do Capital, 1848-1875**. Op. Cit. p. 417-419.

<sup>435</sup> Id. **A Era dos Impérios, 1875-1914** [The Age of Empire 1875-194]. 6ª. Ed. Tradução Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001. p. 29-56.

a divisão internacional do trabalho; o desenvolvimento industrial e a Depressão econômica transformaram as economias nacionais em economias rivais e a concorrência entre as empresas passou a ser uma concorrência entre nações; o protecionismo vigorava para as mercadorias e não para transações financeiras e nem para os movimentos de mão-de-obra; o protecionismo era uma combinação de “concentração econômica” e “racionalização empresarial”<sup>436</sup>.

Neste contexto,

a concentração econômica não deve ser confundida com monopólio em sentido estrito (controle do mercado por uma única empresa), nem no sentido amplo mais usual de controle do mercado por um pequeno número de firmas dominantes (oligopólio). Por certo, os exemplos dramáticos de concentração, que mereceram acolhida negativa por parte do público, foram desse tipo, geralmente decorrentes de fusões ou de acordos com vistas ao controle do mercado, entre firmas que, segundo a teoria da livre iniciativa, deviam estar concorrendo entre si, o que beneficiaria o consumidor. Era o caso dos ‘trustes’ americanos que geraram uma legislação antimonopolista, como a Lei Anti-Truste, de Sherman (1890), de eficácia duvidosa — e dos *syndicates* ou cartéis alemães — principalmente na indústria pesada — que desfrutavam do beneplácito governamental. O Cartel do Carvão do Reno e da Westfália (1893), cujo controle da produção de carvão dessa região era da ordem de 90%, ou a Standard Oil Company, que em 1880 controlou 90-95% do petróleo refinado nos EUA, eram, sem dúvida, monopólios. Assim também, para fins práticos, o ‘traste de bilhões de dólares’ da United States Steel (1901), que detinha 63% da indústria siderúrgica americana. Também é claro que uma tendência — oposta à concorrência irrestrita — à ‘combinação de vários capitalistas que antes operavam isoladamente’, tornou-se inegavelmente óbvia durante a Grande Depressão e se manteve no novo período de prosperidade mundial. Uma tendência ao monopólio ou oligopólio é inegável na indústria pesada, em setores profundamente dependentes de encomendas governamentais — como o de armamentos, em rápida expansão —, em atividades que geram e distribuem novas formas revolucionárias de energia, como o petróleo e a eletricidade, nos transportes e em algumas indústrias produtoras de bens de consumo de massa, como sabão e tabaco<sup>437</sup>.

Além disso,

---

<sup>436</sup> Ibid., p. 57-69.

<sup>437</sup> Ibid., p. 69-70.

a ‘administração científica’ (o próprio termo só entrou em uso por volta de 1910) foi filha da Grande Depressão. Seu fundador e apóstolo, F. W. Taylor (1856-1915), começou a desenvolver suas idéias na altamente problemática indústria siderúrgica americana em 1880. Procedentes do oeste, essas idéias chegaram à Europa nos anos 1890. A pressão sobre os lucros durante a Depressão, bem como o tamanho e complexidade crescentes das firmas, sugeriam que os métodos tradicionais, empíricos ou improvisados não eram mais adequados à condução das empresas. Daí a necessidade de uma forma mais racional ou ‘científica’ de controlar, monitorar e programar empresas grandes e que visavam à maximização do lucro. A tarefa em que o ‘taylorismo’ concentrou imediatamente seus esforços — e à qual a imagem pública da ‘administração científica’ era identificada — era como conseguir que os operários trabalhassem mais. Esse objetivo foi perseguido por meio de três métodos principais: (1) isolando cada operário de seu grupo e transferindo o controle do processo de trabalho do operário ou do grupo a agentes da administração, que diziam ao operário exatamente o que fazer e quanto produzir, à luz de (2) uma divisão sistemática de cada processo em unidades componentes cronometradas (‘estudo do tempo e do movimento’), e (3) de vários sistemas de pagamento dos salários, o que incentivaria o operário a produzir mais. Esses sistemas de pagamento por produção se disseminaram muito rapidamente, mas, para fins práticos, o taylorismo em sentido lato quase não se difundiu na Europa antes de 1914 — nem mesmo nos EUA — e só se tornou um *slogan* familiar nos círculos administrativos nos últimos anos do pré-guerra. Após 1918, o nome de Taylor seria o título sintético do uso racional da maquinaria e da força de trabalho para maximizar a produção, paradoxalmente tanto entre os responsáveis pelo planejamento bolchevique como entre os capitalistas<sup>438</sup>.

Em sequência, pode-se dizer que esta era foi um período de grande agitação social, como uma consequência da “Grande Depressão”; a partir da década de 80 do século XIX houve a emergência de movimentos proletários de massa em inúmeros países; após a Depressão, em meados da década de 1890, seguiu-se uma época de prosperidade econômica até a Primeira Guerra Mundial, comumente chamada de “*belle époque*”; a explicação normalmente dada a esta reviravolta econômica apresenta dois aspectos: primeiro, a redistribuição do poder econômico mundial, sendo que a Grã-Bretanha deixou de ser a única potência e passou a dividir espaço com a Alemanha e com os Estados Unidos; e, além disso, fala-se no ciclo de KONDRATIEV<sup>439</sup> ou das ondas longas; a

---

<sup>438</sup> Ibid., p. 71-72.

<sup>439</sup> Nikolai KONDRATIEV foi um economista russo que ficou conhecido por sua teoria das “ondas longas”, que correspondem a períodos de 40 a 60 anos em que um mesmo fenômeno se repete na economia. Há, então, duas fases, uma ascendente e outra descendente e estas oscilações, segundo o autor, são comuns no

agricultura também teve sua produção mundial recrudescida em virtude da abertura de novas “zonas geográficas de produção”; os níveis salariais, que haviam expandido de forma premente no período da Depressão, agora não avançavam com o mesmo fôlego, o que impulsionou os movimentos sociais no período anterior à eclosão da Primeira Guerra Mundial; com o aumento da população criou-se um mercado de massa para bens de consumo; os governos nacionais passaram a intervir de forma mais acentuada na economia, sendo que a “democratização da política” os impeliu a adotar políticas de “bem-estar social”, além de medidas protecionistas; a confluência entre concentração econômica e rivalidade política contribuiu para o “fenômeno do imperialismo”<sup>440</sup> e para a posterior eclosão do conflito mundial<sup>441</sup>.

79. Entrementes, houve o desenvolvimento dos partidos trabalhistas pela Europa. Na Alemanha, após o direito de associação, advindo em 1869, foi criado o *Partido Trabalhista Social-Democrático*, que se 1874 teve somente cerca de 3% dos votos, em 1877 alcançou a cifra de 9%. A Lei dos Socialistas de Bismarck que, conquanto proibisse atividades relacionadas ao socialismo, não conseguiu destruir o partido. Após um período de reorganização o partido conseguiu lograr prestígio cada vez mais crescente em cada eleição. Com o intuito de amenizar a “crescente influência” do partido, o governo alemão adotou medidas de caráter social, como “o seguro-invalidez, o seguro-acidentes e o seguro-doença”<sup>442</sup>.

O êxito alcançado pelo partido alemão serviu de referência a outros países europeus. Em 1871, na parte austríaca do Império Austro-Húngaro, surgiu o partido socialdemocrata. A organização, no início, foi difícil por conta das diversas nacionalidades que compunham aquele império. Entretanto, em 1888/89 conseguiu-se “eliminar o esfacelamento à base de uma declaração marxista de princípios”, o que provocou o aumento do número de filiados. Em 1905 houve uma greve em favor do direito de voto, que foi alcançado com a reforma eleitoral de 1907. Já na porção magiar do império, em 1891, surgiu o partido socialista, baseado no modelo austríaco<sup>443</sup>.

---

sistema capitalista.

<sup>440</sup> Para uma análise crítica acerca do imperialismo, vide: LENIN, Vladimir Ilitch. **Imperialism, the Highest Stage of Capitalism**. Reimpressão do texto publicado em V. I. Lenin, *Selected Works*, English edition, Foreign Languages, Publishing House, Moscow, 1952, Vol I, Part 2. Disponível em: <<http://archive.org/details/ImperialismTheHighestStageOfCapitalism>>. Acesso em: 29 mai. 2012, 11:37:00.

<sup>441</sup> HOBSBAWN, Eric J. **A Era dos Impérios, 1875-1914**. Op. Cit. p. 72-85.

<sup>442</sup> ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 45-46. No mesmo sentido, vide: HOBSBAWN, Eric J. **A Era dos Impérios, 1875-1914**. Op. Cit. p. 150-151.

<sup>443</sup> ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 47-48. No mesmo sentido, vide: HOBSBAWN, Eric J. **A Era dos Impérios, 1875-1914**. Op. Cit. p. 151.

A França demorou um pouco mais, em virtude da derrota da Comuna de Paris (1871), em que houve a morte de alguns dos seus líderes, além da prisão e emigração de outros. A anistia de 1879 “possibilitou a reconstituição do movimento trabalhista francês”. Após, em 1884, como visto alhures, foi revogada a proibição ao direito de associação e dois anos mais tarde foi criada a Federação Nacional dos Sindicatos. Embora houvesse divergências e antagonismos no seio do movimento sindical francês, com partidários do modelo alemão socialista-marxista, da ideologia da ação direta, por intermédio de greves, e, ainda, os seguidores de PROUDHON, que ocasionou o afastamento entre o partido socialista e os sindicatos, houve melhoria no padrão de vida do trabalhador industrial, além da edição de uma lei de caráter social na área da mineração em 1894 e de uma lei sobre acidentes do trabalho em 1898<sup>444</sup>.

Na Itália a industrialização foi mais lenta que na França. Alguns anos após a industrialização da região norte daquele país houve a constituição do *Partido Socialista Italiano* em 1892. Dois anos mais tarde, houve rebeliões de agricultores que, combinada com uma greve dos mineiros de enxofre da Sicília, culminou com a edição de uma legislação social italiana, seguindo o modelo alemão<sup>445</sup>.

Na Espanha, com uma industrialização ainda mais tardia, o movimento trabalhista foi bastante influenciado pelo anarquismo. Por seu turno, na Bélgica, em decorrência das pressões ocasionadas pelas de 1886, 1892 e 1893 foram editadas as primeiras normas de caráter social. Em 1894 o partido trabalhista belga “contava com uma expressiva bancada no Parlamento”. Já a Holanda, seguindo a cartilha de que somente com a intervenção estatal na área social e com um “movimento trabalhista sindical e político forte” é que se tornaria possível a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, apresentou ondas do movimento trabalhista no período da Comuna de Paris e em 1881, com a criação da Liga Socialista. Em 1889 um de seus líderes foi eleito para o Parlamento. Em 1889 foram tratadas matérias relativas ao trabalho e à previdência social, mas a solução demorou dez anos e ainda foi provisória. Em 1894 foi fundado o *Partido Socialdemocrata*, que em pouco tempo granjeou importância<sup>446</sup>.

No que concerne aos países nórdicos, a Dinamarca foi aquele em que o movimento

---

<sup>444</sup> ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 48-49. Segundo CASTEL o Estado Social francês teve dificuldade em aprovar estas normas de caráter social. O primeiro projeto de lei acerca dos acidentes de trabalho foi apresentado em 1880, sendo que a lei sobre este tema foi aprovada somente dezoito anos depois. Para mais detalhes, vide: CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Op. Cit. p. 365.

<sup>445</sup> ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 49-50.

<sup>446</sup> Ibid., p. 50-51.

trabalhista primeiramente surgiu de acordo com os moldes aqui tratados. Em 1880 um só partido passou a reunir “agremiações sindicais e políticas”. Na Suécia, em 1889 foi instalado o *Partido Trabalhista Social-Democrático* seguindo o modelo alemão, e, a exemplo do partido dinamarquês, congregando as organizações sindicais. Por fim, na Noruega o movimento trabalhista era atrelado ao “movimento democrático-plebeu de 1848”. Em 1883 foi criada a confederação sindical e em 1887 foi fundado o partido trabalhista, baseado nas “ideais marxistas da social-democracia alemã”<sup>447</sup>.

Neste contexto, pode-se dizer, inclusive, que

por volta de 1914, havia partidos socialistas de massas mesmo nos EUA, onde o candidato do partido, em 1912, recebeu quase um milhão de votos; havia-os igualmente na Argentina, onde o partido teve 10% dos votos em 1914, enquanto na Austrália um Partido Trabalhista admitidamente não-socialista já formava o governo federal desde 1912. No que diz respeito à Europa, os partidos socialistas e trabalhistas eram forças eleitorais respeitáveis em quase toda parte em que as condições o permitiam. Eram, na realidade, minorias, mas em alguns Estados, notadamente na Alemanha e na Escandinávia, já eram os maiores partidos nacionais, detendo até 35-40% do voto nacional — e cada uma das extensões do direito ao voto revelava que as massas industriais estavam prontas para escolher o socialismo. E essas massas não só votavam como organizavam-se em gigantescos exércitos: o Partido Trabalhista belga, em seu pequeno país, contava com 276 mil membros em 1911; o grande SPD alemão, com mais de um milhão; e as organizações de operários menos diretamente políticas, ligadas a tais partidos e não raro por eles fundadas, eram ainda mais maciças — sindicatos e sociedades cooperativas<sup>448</sup>.

O que se verificou, portanto, foi que o desenvolvimento da industrialização europeia propiciou o aparecimento de “partidos trabalhistas e de sindicatos autônomos”, além da edição de leis trabalhistas. Os problemas sociais comuns levaram ao “internacionalismo político” e as tensões nacionais naquele continente impeliram o “movimento trabalhista europeu a uma nova união organizacional internacional”<sup>449</sup>.

Esta nova organização, chamada de Segunda Internacional, teve o mérito de conseguir articular o movimento trabalhista e os partidos socialistas de vários países

<sup>447</sup> Ibid., p. 51-52.

<sup>448</sup> HOBBSAWN, Eric J. **A Era dos Impérios, 1875-1914**. Op. Cit. p. 169-170.

<sup>449</sup> ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 53. Em sentido convergente, vide: HOBBSAWN, Eric J. **A Era dos Impérios, 1875-1914**. Op. Cit. p. 171-179.

industrializados em torno de objetivos comuns.

Logo no seu início, no dia primeiro de maio de 1890 conseguiu organizar uma greve geral em todo o mundo, por isso este acabou sendo considerado, posteriormente, como o dia do trabalho, que hodiernamente continua sendo um feriado em nível internacional<sup>450</sup>.

Entretanto, as tensões entre os países europeus acabaram por eclodir a Primeira Guerra Mundial e com ela acabou desfazendo-se a Segunda Internacional, por conta da dificuldade de unir as diferentes classes trabalhadoras das mais diversas nacionalidades. Apesar disto, houve conferências socialistas internacionais durante a guerra, podendo ser consideradas as “únicas manifestações efetivas de solidariedade internacional” neste período de intensa conflituosidade<sup>451</sup>.

### 3.2.7.1. A Revolução Russa de 1905

**80.** O final do século XIX pode ser considerado como um período de glória do capitalismo e de paz nos países mais desenvolvidos; contudo, em outros lugares, houve conflitos e movimentos revolucionários, como, por exemplo, nos Impérios Otomano e Habsburgo, na China, na Pérsia, no México, e na Rússia<sup>452</sup>.

Esta última, a Revolução de 1905, de maior interesse neste momento, porque precedeu à Revolução Russa de 1917, que mudaria o mundo no século XX, com a implantação de um regime socialista (socialismo real), que dividiria o mundo em dois blocos: de um lado, os capitalistas, capitaneados pelos Estados Unidos da América (EUA), e, de outro, os socialistas, liderados pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Assim sendo, pode-se dizer que desde a Guerra da Criméia (1854-1856), em que a Rússia foi derrotada pela coligação formada pelo Reino Unido, a França, o Reino da Sardenha e o Império Otomano, o czar convenceu-se de que a posição russa de “grande nação de primeira linha” não podia mais basear-se somente no seu extenso território, sua

<sup>450</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 205.

<sup>451</sup> ABENDROTH, Wolfgang. **A História Social do Movimento Trabalhista Europeu**. Op. Cit. p. 70-71. Sobre a Segunda Internacional, vide também: DOLLÉANS, Édouard. **Histoire du mouvement ouvrier**. v. II: 1871-1936. 3ª. Ed. Paris: Librairie Armand Collin, 1948. p. 63-169. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/classiques/dolleans\\_edouard/hist\\_mouv\\_ouvrier\\_2/hist\\_mouv\\_ouvrier\\_2.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/dolleans_edouard/hist_mouv_ouvrier_2/hist_mouv_ouvrier_2.html)>. Acesso em: 31 mai. 2012, 11:25:34.

<sup>452</sup> HOBSBAWN, Eric J. **A Era dos Impérios, 1875-1914**. Op. Cit. p. 383-404.

grande população e seu exército, ela tinha que se “modernizar”. Neste sentido, em 1861 foi abolida a servidão na tentativa de adaptar a agricultura russa ao século XIX. Entretanto, não se logrou o devido êxito, tendo como resultado uma classe camponesa insatisfeita e uma agricultura ainda retrógrada<sup>453</sup>.

Então, os recursos acabaram sendo destinados à industrialização então em desenvolvimento, não obstante o grosso da carga tributária fosse suportado pela área rural. Com os investimentos houve avanços na indústria russa, como o aumento substancial no número de quilômetros de ferrovias, além da expansão na produção de carvão, ferro e aço, além disso, houve também houve a expansão da classe proletária<sup>454</sup>.

Por outro lado, a industrialização também impulsionou o desenvolvimento “desproporcional” entre as regiões não nacionais, como a Polônia, a Ucrânia e o Azerbaijão, intensificando-se movimentos de libertação nacional, sobretudo, após o advento, em 1880, de uma política de “*russificação*” através da educação<sup>455</sup>.

Em 1900 foi criado o “Partido Revolucionário Social”, que se tornaria o principal “partido rural de esquerda”, com ideias marxistas. A agitação social foi acentuada e como resposta a isto o governo editou uma “legislação trabalhista” e organizou “contra-sindicatos sob o controle da polícia”; todavia, isto não impediu a ocorrência de “greves gerais em Rostov-sobre-o-Don, Odessa e Baku”, entre os anos de 1902 e 1903<sup>456</sup>.

Conquanto a situação interna fosse tensa, a Rússia optou por desviar o foco com uma política externa combativa, deflagrando uma guerra com o Japão, a chamada guerra russo-japonesa de 1904-1905, que foi um desastre para a Rússia, que sofreu uma derrota humilhante, transparecendo a fraqueza do regime czarista. Antes mesmo do término das negociações de paz eclodiu a Revolução de 1905<sup>457</sup>.

A revolução de 1905 foi, como disse Lenin, uma ‘revolução burguesa realizada por meios proletários’. ‘Por meios proletários’ talvez seja uma simplificação excessiva, embora o início do recuo do governo se tenha devido às greves maciças de trabalhadores na capital e às greves de solidariedade na maioria das cidades industriais do império; e embora mais tarde as greves tenham, outra vez, exercido a pressão que propiciou algo parecido a uma constituição em 17 de

---

<sup>453</sup> Ibid., p. 404-405.

<sup>454</sup> Ibid., p. 406-407.

<sup>455</sup> Ibid., p. 407.

<sup>456</sup> Ibid., p. 408-410.

<sup>457</sup> Ibid., p. 410.

outubro. Ademais, foram os trabalhadores que — sem dúvida a partir da experiência dos povoados — se organizaram espontaneamente nos ‘conselhos’ (em russo: *soviets*), dentre os quais o Soviete de Delegados de Trabalhadores de São Petersburgo, instalado em 13 de outubro, funcionou não apenas como urna espécie de parlamento de trabalhadores mas provavelmente, por um curto período, como a autoridade mais efetiva e real da capital do país. Os partidos socialistas reconheceram bem depressa a relevância dessas assembleias, e alguns tiveram participação destacada nelas — como o jovem L. B. Trotsky (1879-1940) em São Petersburgo. Isso porque, por mais crucial que fosse a intervenção dos trabalhadores, concentrados na capital e em outros centros politicamente candentes, foi a irrupção das revoltas camponesas em escala maciça na região da Terra Negra, no vale do Volga e em partes da Ucrânia, bem como o desmoronamento das forças armadas, dramatizado pelo motim do encouraçado *Potemkin*, que quebrou a resistência czarista — como em 1917. A mobilização simultânea da resistência revolucionária das nacionalidades menores foi igualmente significativa<sup>458</sup>.

A Revolução foi reprimida, porém o czar deixou de gozar da popularidade que detinha até então; entre os anos de 1912 e 1914 o país voltava a ficar em “ebulição social” e a revolução era iminente; durante a Primeira Guerra Mundial explodiria a Revolução Russa, em 1917<sup>459</sup>.

### 3.2.8. *Leis trabalhistas no século XIX*

#### 3.2.8.1. Inglaterra

**81.** Na Inglaterra, a pátria da Revolução Industrial, e com maior desenvolvimento do sindicalismo, a legislação trabalhista apareceu antes das demais nações europeias. Como visto antanho, a liberdade de associação foi prevista em 1824, sessenta anos antes da França, por exemplo. Além disso, conforme explanação anterior, a nova Lei de Fábrica de 1847 limitou a jornada de trabalho em 11 horas em 1847, que passaria a 10 horas em 1848, e outros aspectos que completaram as modificações advindas com as reformas legais de 1833 e 1844.

---

<sup>458</sup> Ibid., p. 410-411.

<sup>459</sup> HOBBSAWN, Eric J. **A Era dos Impérios, 1875-1914**. Op. Cit. p. 412-414. Sobre a Revolução Russa de 1905, vide: DOLLÉANS, Édouard. **Histoire du mouvement ouvrier**. v. II : 1871-1936. Op. Cit. p. 42-62.

Posteriormente, com o *Factory and Workshop Act*, de 1878, houve a confirmação das normas de proteção ao trabalho feminino e infantil, e também foram preceituadas novas regras no que concerne aos trabalhos perigosos e insalubres. Em 1897 foi aprovada a legislação sobre acidentes do trabalho e em 1901, o novo *Factory and Workshop Act* trouxe alterações em relação ao trabalho infantil, fixando em 12 anos a idade mínima de admissão ao trabalho, salvo o realizado em domicílio<sup>460</sup>.

### 3.2.8.2. França

**82.** A França, por sua vez, outrossim, em conformidade com passagem anterior, apresentou avanços na legislação trabalhista durante o *Governo Provisório* instalado após a Revolução de 1848. Normas sobre a redução da jornada de trabalho para 10 horas, a vedação da *marchandage*, a criação de agências de colocação gratuitas nas prefeituras, além da criação das Oficinas Nacionais (*Ateliers Nationaux*), que propiciava uma fonte de renda aos desempregados.

A própria Constituição Francesa de 1848 já previa o sufrágio direto a adultos maiores de 21 anos de idade<sup>461</sup>.

Já a Lei de 19 de maio de 1874 assegurou, pela primeira vez, uma proteção eficaz aos jovens trabalhadores. Esta lei fixou, em princípio, em 12 anos a idade mínima para a admissão ao trabalho em fábricas, e fixou a jornada em 12 horas de trabalho para o menor de 16 anos de idade; e em 6 horas (meio período) para os menores entre 10 e 12 anos, admitidos, excepcionalmente, em alguns tipos de indústrias. Proibiu-se o trabalho noturno aos menores de 16 anos e também às meninas menores de 21 anos, salvo em algumas situações de trabalho ininterrupto; assegurou-se o descanso semanal aos domingos; vedou-se o trabalho subterrâneo, tanto para as mulheres, de qualquer idade, quanto para os homens menores de 12 anos. O descumprimento destas normas gerava uma série de penalidades que deveriam ser impostas pela inspeção do trabalho<sup>462</sup>.

---

<sup>460</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 194. Vide, também, no mesmo sentido: PIC, Paul. **Traité Élémentaire de Législation Industrielle: Les Lois Ouvrières**. 4ª. Ed. Paris : Arthur Rousseau, Editeur, 1912. p. 605-609. Sobre a história da legislação trabalhista inglesa nos séculos XVIII e XIX, vide: HUTCHINS, B. L. e HARRISON, A. **A History of Factory Legislation**. London: P. S. King & Son, Orchard House, 1903. Disponível em: <<http://archive.org/details/historyoffactory00hutc>>. Acesso em: 31 mai. 2012, 09:59:40.

<sup>461</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 195.

<sup>462</sup> PIC, Paul. **Traité Élémentaire de Législation Industrielle: Les Lois Ouvrières**. Op. Cit. p. 621. Em sentido convergente, vide: MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit.

Após, em 1884, conforme mencionado alhures, a *Lei Waldeck-Rousseau* garantiu o direito de livre associação aos trabalhadores. Um pouco adiante, em 1892 nova legislação para a tutela do trabalho feminino e infantil foi promulgada. Um ano depois, outra lei, agora sobre segurança e saúde do trabalho. Em 1898 a lei acerca dos acidentes do trabalho<sup>463</sup>.

Outras leis de caráter social foram aprovadas: em 1893 uma lei assegurando o direito a atendimento médico a doentes indigentes (“lei sobre a ajuda gratuita”); em 1905 uma norma jurídica garantindo aos idosos indigentes e aos inválidos atendimento médico; enfim, em 1913, uma lei em favor de famílias “numerosas e necessitadas”, com a concessão de uma renda mínima a elas<sup>464</sup>.

### 3.2.8.3. Alemanha

**83.** As leis trabalhistas e sociais editadas na Alemanha começaram como uma contrapartida do regime imperial ao movimento trabalhista reivindicatório. O Código Industrial, de 1869, previa a idade mínima de 12 anos para a admissão ao trabalho. Além disso, havia previsões acerca de punições por descumprimento das normas legais respectivas<sup>465</sup>.

Posteriormente, este Código foi modificado, sendo que o trabalho do menor passou a ser admitido somente aos 13 anos de idade, e, ainda assim, pelo período de 06 (seis) horas. Dos 14 aos 16 anos o trabalho era permitido com jornada de até 10 horas, com três intervalos, um de uma hora e dois de meia hora. O trabalho noturno e aos domingos era vedado neste caso. Havia também previsão de proteção do trabalhador em minas que tivesse até 21 anos. As mulheres maiores de 16 anos de idade deveriam trabalhar de segunda a sexta-feira por uma jornada de 10 horas e aos sábados e feriados o trabalho era limitado em 08 horas. O trabalho feminino aos domingos era vedado. As alterações no Código também previram penalidades para o descumprimento e o regime de inspeções<sup>466</sup>.

---

p. 196.

<sup>463</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 196. Para maiores detalhes deste período, vide: PIC, Paul. **Traité Élémentaire de Législation Industrielle**: Les Lois Ouvrières. Op. Cit. p. 621-625.

<sup>464</sup> CASTEL, Robert. As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário. Op. Cit. p. 365-366.

<sup>465</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 197.

<sup>466</sup> PIC, Paul. **Traité Élémentaire de Législation Industrielle**: Les Lois Ouvrières. Op. Cit. p. 587-589.

### 3.2.8.4. Outros países

84. Na Áustria<sup>467</sup> e Hungria<sup>468</sup>, Bélgica<sup>469</sup>, Espanha<sup>470</sup>, Estados Unidos<sup>471</sup>, Itália<sup>472</sup>, Rússia<sup>473</sup>, Suécia e Noruega<sup>474</sup>, e Suíça<sup>475</sup>, também houve avanços em termos de legislação trabalhista neste período, sobretudo no que concerne a normas de tutela do trabalho feminino e do menor e, igualmente, em relação à duração do trabalho.

### 3.2.9. Encíclica Rerum Novarum

85. No final do século XIX, mesmo a Igreja Católica, até então alheia às condições sociais precárias em que viviam os trabalhadores, publicou, em 1891, a Encíclica *Rerum Novarum*, contrária ao projeto socialista encabeçado pela classe proletária, mas, em contrapartida, propugnava por mudanças no seio das relações trabalhistas. Ela culpava o Estado e as elites pela situação social então vigente<sup>476</sup>.

---

<sup>467</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 196. Para maiores detalhes deste período, vide: PIC, Paul. **Traité Élémentaire de Législation Industrielle: Les Lois Ouvrières**. Op. Cit. p. 594-597.

<sup>468</sup> PIC, Paul. **Traité Élémentaire de Législation Industrielle: Les Lois Ouvrières**. Op. Cit. p. 597-598.

<sup>469</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 200. Para maiores detalhes deste período, vide: PIC, Paul. **Traité Élémentaire de Législation Industrielle: Les Lois Ouvrières**. Op. Cit. p. 598-600.

<sup>470</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 198. Para maiores detalhes deste período, vide: PIC, Paul. **Traité Élémentaire de Législation Industrielle: Les Lois Ouvrières**. Op. Cit. p. 601-602.

<sup>471</sup> PIC, Paul. **Traité Élémentaire de Législation Industrielle: Les Lois Ouvrières**. Op. Cit. p. 603-605.

<sup>472</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 199. Para maiores detalhes deste período, vide: PIC, Paul. **Traité Élémentaire de Législation Industrielle: Les Lois Ouvrières**. Op. Cit. p. 611-613.

<sup>473</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 200. Para maiores detalhes deste período, vide: PIC, Paul. **Traité Élémentaire de Législation Industrielle: Les Lois Ouvrières**. Op. Cit. p. 616-617.

<sup>474</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 198-199. Para maiores detalhes deste período, vide: PIC, Paul. **Traité Élémentaire de Législation Industrielle: Les Lois Ouvrières**. Op. Cit. p. 617-618.

<sup>475</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 200. Para maiores detalhes deste período, vide: PIC, Paul. **Traité Élémentaire de Législation Industrielle: Les Lois Ouvrières**. Op. Cit. p. 618-620.

<sup>476</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 215. Para o texto completo do documento papal, vide: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_1-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html)>. Acesso em: 31 mai. 12, 12:43:15.

### 3.2.10. A Era dos Extremos

**86.** A era anterior acabou com a Primeira Guerra Mundial, a primeira a receber de fato e de forma justificada este epíteto. Ela envolveu todas as potências europeias da época e mesmo outros países e, salvo poucas exceções, todos os Estados europeus participaram do grande conflito. A grande maioria dos Estados mundiais participou, de alguma forma, da guerra, não obstante a América Latina tenha tido uma participação “mais nominal”<sup>477</sup>.

As origens da Primeira Guerra Mundial remontam ao período da “Era dos Impérios”, fato que não será abordado neste trabalho. De qualquer sorte, ela envolveu, fundamentalmente, de um lado, a Tríplice Aliança, formada por França, Grã-Bretanha e Rússia, e do outro, as Potências Centrais, Alemanha e Áustria-Hungria. Posteriormente, a Bélgica uniu-se à primeira e a Sérvia à última. A Turquia e a Bulgária tomaram parte da aliança das Potências Centrais, ao passo que a Itália, a Grécia, a Romênia, Portugal, o Japão, e, sobretudo, os Estados Unidos da América (EUA), em 1917, juntaram-se à Tríplice Aliança<sup>478</sup>.

Não cabe, para os fins deste estudo, tratar dos desdobramentos do conflito mundial<sup>479</sup>. O mais importante, neste momento, é falar um pouco sobre a Revolução Russa, que se apresentou de fundamental magnitude para o século passado, e, no que concerne a esta tese, sua importância reside no impulso tomado pelo Estado Social e pelo Direito Social, por via de consequência, a partir de sua deflagração, como resposta do capitalismo ao avanço do socialismo.

#### 3.2.10.1. A Revolução Russa de 1917

**87.** Mencionou-se alhures que o regime czarista foi desafiado em 1905 por meio da Revolução Russa ocorrida naquele ano e também por conta da humilhante derrota daquele país frente ao Japão na mesma oportunidade. Na verdade, a Revolução de 1905 seguiu-se à guerra russo-japonesa. Esta revolução, como visto antanho, foi reprimida, mas as bases do

---

<sup>477</sup> HOBBSAWN, Eric J. **Era dos Extremos**: o breve século XX: 1914-1991 [Age of extremes: the short twentieth century: 1914-1991]. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 31.

<sup>478</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>479</sup> Para um estudo mais pormenorizado sobre este tema, e também sobre sua influência na deflagração da Segunda Guerra Mundial, vide: HOBBSAWN, Eric J. **Era dos Extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Op. Cit. p. 29-60.

Império Russo já estavam debilitadas e a Primeira Guerra Mundial catalisou a revolução socialista.

No início da Primeira Guerra Mundial ascendeu o sentimento nacionalista nos países combatentes, entretanto, com o passar do tempo, já em 1916, “o cansaço de guerra transformava-se em hostilidade surda e calada em relação à matança aparentemente interminável e incerta, que ninguém parecia ter vontade de acabar”. Se em 1914 os adversários da guerra estavam isolados, em 1916 eles falavam pela maioria. E este “sentimento antiguerra naturalmente elevou o perfil político dos socialistas”, porquanto grande parte de seus movimentos eram opositores à guerra antes mesmo de sua deflagração<sup>480</sup>.

Assim, a Rússia já estava madura para a revolução, que acabou ocorrendo em fevereiro de 1917 (fevereiro pelo calendário Juliano e março pelo Gregoriano).

Na verdade, o governo do czar desmoronou quando uma manifestação de operárias (no habitual ‘Dia da Mulher’ do movimento socialista — 8 de março) se combinou com um *lock-out* industrial na notoriamente militante metalúrgica Putilov e produziu uma greve geral e a invasão do centro capital, do outro lado do rio gelado, basicamente para exigir pão. A fragilidade do regime se revelou quando as tropas ao czar, mesmo os leais cassacos de sempre, hesitaram e depois se recusaram a atacar a multidão, e passaram a confraternizar com ela. Quando, após quatro dias de caos, elas se amotinaram, o czar abdicou, sendo substituído por um ‘governo liberal’ provisório, não sem certa simpatia e mesmo ajuda dos aliados ocidentais da Rússia, que temam que o desesperado regime do czar saísse da guerra e assinasse uma paz em separado com a Alemanha. Quatro dias espontâneos e sem liderança na rua puseram fim a um Império. Mais que isso: tão pronta estava a Rússia para a revolução social que as massas de Petrogrado imediatamente trataram a queda do czar como uma proclamação de liberdade, igualdade e democracia direta universais. O feito extraordinário de Lenin foi transformar essa incontrolável onda anárquica popular em poder bolchevique<sup>481</sup>.

O resultado imediato foi um “governo provisório impotente” frente a uma multidão de conselhos operários, os “soviets”, que tinham poder de fato. As reivindicações básicas do período eram: os pobres queriam comida; os trabalhadores, melhores condições de trabalho, sobretudo no que tange à jornada de trabalho; os camponeses desejam uma

<sup>480</sup> HOBSBAWN, Eric J. **Era dos Extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Op. Cit. p. 65-66.

<sup>481</sup> Ibid., p. 67.

reforma agrária. Lenin reconhecia estas demandas e sabia conduzir o movimento em direção à tomada do poder<sup>482</sup>.

O ‘governo provisório’ não reconhecia sua incapacidade de fazer valer a legislação por ele posta. E para piorar resolveu lançar o exército na ofensiva militar em junho daquele ano. As forças estavam extenuadas e os soldados camponeses voltaram para suas respectivas aldeias aguardando a divisão das terras. A revolução espalhou-se e os bolcheviques foram tornando-se maioria nas principais cidades russas. “A onda radicalizada de seus seguidores inevitavelmente empurrou os bolcheviques para a tomada do poder”. O “Palácio de Inverno” foi tomado em 07 de novembro de 1917 (esta revolução é chamada de Revolução de Outubro por conta da diferença entre os calendários Juliano, então adotado pela Rússia, e o Gregoriano, adotado no Ocidente), decretando a queda do “Governo Provisório” e a ascensão do Partido Bolchevique<sup>483</sup>.

Após a subida ao poder do partido bolchevique a Rússia viu-se envolvida em uma caótica guerra civil, que duraria de 1918 até 1920, insuflada por países capitalistas ocidentais que enviaram tropas contrárias ao regime então instalado, temerários de sua influência em outros países, prenúncio do que viria a ser posteriormente a Guerra Fria. Os bolcheviques venceram e a “Rússia soviética sobreviveu”<sup>484</sup>.

E a Revolução triunfou por três motivos: (a) havia um “instrumento de poder único”, o Partido Comunista, que era (b) “o único governo capaz de manter a Rússia integral como Estado”, gozando de respaldo político inclusive entre os patriotas russos, e (c) porque a Revolução possibilitou ao campesinato o acesso à terra<sup>485</sup>.

Um dos aspectos relevantes da Revolução Russa foi que ela impulsionou diversos movimentos revolucionários por todo o mundo, trazendo esperança para camadas das populações que não tinham acesso ao poder político e econômico nos mais diferentes Estados. Como reação do Ocidente foram os “Catorze Pontos de Wilson” que intentava opor o nacionalismo ao socialismo internacionalista de Lenin. Com isso formou-se uma “espécie de cinturão de quarentena contra o vírus vermelho”, mais especificamente, a formação de novos pequenos Estados-nação visando à diminuição de espaços para a Revolução Bolchevique<sup>486</sup>.

---

<sup>482</sup> Ibid., p. 67-68.

<sup>483</sup> Ibid., p. 68-69.

<sup>484</sup> Ibid., p. 70.

<sup>485</sup> Ibid., p. 71.

<sup>486</sup> Ibid., p. 73-74.

De qualquer forma, é inegável que a Revolução Russa influenciou revoluções em outras partes do mundo, como, por exemplo, na Alemanha.

### 3.2.10.2. República de Weimar

**88.** Durante a Primeira Guerra Mundial, em 1916, a população alemã já não aprovava mais a guerra, porquanto ela encontrava-se em estado de miséria.

A maioria dos cidadãos careciam dos produtos de primeira necessidade. Quando era possível o abastecimento, o racionamento instituído dava direito a um ovo, 2,5 quilos de batatas e 20 gramas de manteiga por semana. Em Berlim, as sopas populares eram freqüentadas por quase 200000 fregueses. Haviam sido batizadas pelo comando militar que as organizava e as controlava de ‘canhões de guisado’<sup>487</sup>.

Então, de uma quase unanimidade em favor da guerra, conseguida em decorrência do “fervor patriótico” por que passara o povo alemão quando da deflagração do conflito armado<sup>488</sup>, passou-se à sua desaprovação, não somente no seio da esquerda radical, mas também o “grupo revisionista de Bernstein”, e marxistas ortodoxos e sindicalistas<sup>489</sup>.

Surgiam exigências por democracia. A Alemanha presidida por um imperador, mas era uma federação. Contudo, era notório que a hegemonia no país era da Prússia. Em 1918 houve alterações na legislação e a Alemanha tornou-se uma monarquia parlamentar, mas ainda não era uma democracia. Houve revoltas no porto de Kiel, em Hamburgo e Stuttgart. O armistício pôs fim ao império e à dinastia dos Hohenzollern. “A Alemanha estava no limiar de uma nova era”<sup>490</sup>.

Iniciou-se uma revolução. Faziam-se reuniões e os operários armados tomavam conta das ruas. As massas de insurretos passavam a ocupar todas as ruas. Oradores discursavam. As multidões espalhavam-se e dominavam as repartições públicas sem

---

<sup>487</sup> RICHARD, Lionel A **República de Weimar, 1919-1933** [La vie quotidienne au temps de la République de Weimar]. Tradução Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 15.

<sup>488</sup> Ibid., p. 18-24.

<sup>489</sup> ALMEIDA, Angela Mendes de **A República de Weimar e a ascensão do nazismo**. São Paulo: Brasiliense, 1999. p. 22-25.

<sup>490</sup> RICHARD, Lionel A **República de Weimar, 1919-1933**. Op. Cit. p. 28-31.

oposição de resistência. O imperador abdicou. Havia dois poderes, o do povo, nas ruas, e o do chanceler, que “recebia o título de um Estado agora inexistente, o império”<sup>491</sup>.

Foi formado, então, um “Governo dos Seis Comissários do Povo”, integrado por Ebert, Scheidemann e Landsberg pelo SPD (Partido Socialdemocrata Alemão) e Haase, Dittmann e Barth pelo USPD (Partido Socialdemocrata Alemão Independente). Havia divergências entre eles. Pouco tempo após a formação deste governo houve a celebração de um acordo com o patronato no sentido da redução da jornada de trabalho em oito horas, sem redução de salários, o reconhecimento de convenções coletivas, dos comitês de fábricas e dos delegados sindicais<sup>492</sup>.

Nos dias seguintes o SPD concentrou seus esforços em aprovar a instalação da Assembleia Constituinte que significaria, então, segundo entendimento daquele partido, “a democracia de todo o povo” e não “a ditadura de uma só classe”. O partido sagrou-se vitorioso e a Assembleia Constituinte foi aprovada, contando na maior parte com integrantes do SPD<sup>493</sup>.

As agitações continuaram, até os líderes radicais Rosa de Luxemburgo e Karl Liebknecht foram assassinados. A revolução foi reprimida<sup>494</sup>.

Paralelamente a isto, a paz foi sacramentada com o Tratado de Versalhes, assinado em 1919. Por meio dele foram tratadas algumas situações: a criação da Liga das Nações, organização internacional que seria voltada à manutenção da paz mundial; cláusulas políticas para a Europa, relativas a aspectos territoriais e geográficos da Alemanha com alguns países europeus, como Bélgica, Luxemburgo, França, Áustria, antiga Tchecoslováquia, Polônia, Rússia e territórios do antigo Império Russo; assunção pela Alemanha da culpa pela guerra; limitações às forças armadas alemãs; prisioneiros de guerra; penalidades e reparações; criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que será tratada mais adiante<sup>495</sup>.

Em síntese, o Tratado de Versalhes foi uma punição à Alemanha, sobretudo como forma de revanche da França em relação à guerra havida entre estas duas nações quando da unificação alemã. As condições trazidas pelo Tratado eram extremamente penosas para um

---

<sup>491</sup> Ibid., p. 33-38.

<sup>492</sup> Ibid., p. 39; ALMEIDA, Angela Mendes de **A República de Weimar e a ascensão do nazismo**. Op. Cit. p. 27-28.

<sup>493</sup> ALMEIDA, Angela Mendes de **A República de Weimar e a ascensão do nazismo**. Op. Cit. p. 28.

<sup>494</sup> RICHARD, Lionel **A República de Weimar, 1919-1933**. Op. Cit. p. 39-44.

<sup>495</sup> TRATADO DE PAZ DE VERSALHES. 1919. Versailles. Disponível em: <<http://net.lib.byu.edu/~rdh7/wwi/versailles.html>>. Acesso em: 06 jun. 2012, 11:33:28.

país que então se encontrava em situação arrasada por conta do conflito bélico por que passara havia pouco tempo.

Por isso, qualquer partido alemão, da extrema esquerda até a extrema direita condenava o Tratado de Versalhes como “injusto e inaceitável”<sup>496</sup>.

O que se vê, portanto, é que a República de Weimar nasceu em um contexto extremamente conturbado politicamente e catastrófico economicamente. Ela veio de uma guerra que arruinou o país e após uma revolução esmagada. Não é de se estranhar que ela seria engolida pelas forças da direita. Acusava-se a República de Weimar como não alemã, como uma ideia importada ou imposta pelos Estados Unidos. Hugo Preuss, que foi um dos principais artífices da Constituição, tinha origem judia, o que contribuiu para que as pessoas dissessem que Weimar era a “república dos judeus”<sup>497</sup>.

**89.** A Constituição de Weimar, aprovada em 1919, é considerada uma das primeiras constituições sociais existentes no mundo. Antes dela a Constituição Mexicana de 1917 já tivera esta feição. Entretanto, a constituição alemã exerceu maior influência em outros lugares, que depois adotaram constituições sociais.

Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas, e malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos — que o sistema comunista negava — com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século<sup>498</sup>.

Esta nova constituição apresentava duas partes: uma com a organização do Estado e a outra com a declaração de direitos, contendo os clássicos direitos de liberdade, acrescidos

<sup>496</sup> HOBSBAWN, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Op. Cit. p. 43.

<sup>497</sup> RICHARD, Lionel A **República de Weimar, 1919-1933**. Op. Cit. p. 55-56.

<sup>498</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Op. Cit. p. 204-205.

dos direitos sociais. Houve o estabelecimento da igualdade jurídica da mulher e do homem; a igualdade entre os filhos legítimos e os ilegítimos; a família foi colocada sob a proteção do Estado; havia disposições sobre a educação pública e sobre direitos trabalhistas; a função social da propriedade também foi prevista; na verdade, tanto os direitos trabalhistas quanto os previdenciários foram erigidos ao grau superior de norma constitucional; o direito ao trabalho implicava notoriamente que incumbia ao Estado zelar e se orientar no sentido de uma política de pleno emprego<sup>499</sup>.

**90.** Voltando à situação política e social, as eleições de 1920 significaram o término da liderança socialdemocrata, com a redução do número de votos do SPD e o aumento do USPD. Todavia, os partidos de centro-direita foram os vencedores do pleito, passando a liderança do governo a Fehrenbach, do centro, além dos partidos que compunham a base governista, os democratas e o Partido Popular Alemão, representando o grande capital<sup>500</sup>.

Nos anos seguintes a força do exército recrudescceu, assim como sua “independência em face aos políticos”, convertendo-se “quase num Estado dentro do Estado”<sup>501</sup>.

Paralelamente, foram surgindo associações paramilitares com feições nacionalistas. Elas representavam a intolerância em relação ao centro católico, os socialistas e os judeus, gozando de respaldo das forças armadas. Assim, Munique transformou-se no epicentro do terrorismo de direita, tendo sido lá onde foi fundado o Partido Operário Nacional-Socialista Alemão (NSDAP) por Hitler<sup>502</sup>.

Prosseguindo, outros problemas afligiam a Alemanha: a astronômica inflação, que prejudicava fundamentalmente os assalariados e a classe média, ao passo que ela era vantajosa aos bancos, proprietários rurais e aos industriais; o movimento operário passou a intensificar-se na região de Mansfeld; a dívida de guerra era de cifras inatingíveis, efetivamente impagável, sobretudo considerando a situação econômica alemã no período; e por conta da dívida a Alemanha foi invadida pela França e Bélgica, que ocuparam o Vale do Ruhr sob o pretexto de “garantir a extração e o fornecimento de matérias-primas” como forma de pagamento das reparações; o governo, então, caiu, tendo sido substituído por uma coalizão do Partido Popular Alemão e do SPD; a direita pressionava na região da Baviera, inclusive, em 1923 houve um golpe comandado por Hitler e Ludendorff, mas a tentativa

---

<sup>499</sup> Ibid., p. 205-208.

<sup>500</sup> ALMEIDA, Angela Mendes de **A República de Weimar e a ascensão do nazismo**. Op. Cit. p. 34.

<sup>501</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>502</sup> Ibid., p. 34-35.

não foi exitosa; os dois acabaram sendo presos<sup>503</sup>.

Em 1924 a situação começa a ter uma melhora, passando os Estados Unidos a se interessarem pelo problema das reparações. Após tratativas, decidiu-se que os EUA iriam fazer empréstimos à Alemanha a fim de reerguer sua economia, permitindo-lhe, em caso de recuperação, pagar as reparações. Logo, neste ano, entrou em vigor o Plano Dawes, por meio do qual a Alemanha ficava totalmente dependente dos EUA e de sua economia, submetendo-se, inclusive, a um rigoroso controle externo. De qualquer forma, a economia alemã voltou a florescer, recuperando níveis pré-guerra, com a “modernização, racionalização e concentração”<sup>504</sup>.

A situação passou por certa calma entre 1924 e 1929. Os “defensores do golpe” contra a República arrefeceram. Persistia uma “corrente nacionalista anti-republicana”. Foi instituído o seguro contra o desemprego, mas os empresários não aceitaram retroceder à jornada de oito horas. O SPD logrou recuperar a popularidade que perdera<sup>505</sup>.

Em 1925 o então presidente Friedrich Ebert morreu e foram convocadas eleições para o preenchimento de seu cargo. Os partidos de direita — Nacional Alemão e Popular Alemão — apresentaram o marechal Hindenburg como seu candidato. Wilhelm Marx foi o candidato dos democratas e socialdemocratas. O KPD (Partido Comunista da Alemanha) apresentou Thaelmann. Em primeiro lugar ficou Hindenburg, seguido de perto por Wilhelm Marx e, bem atrás, ficou Thaelmann. O resultado consolidara a posição dos militares na República de Weimar<sup>506</sup>.

Apesar do período de prosperidade anteriormente assinalado, a herança do Tratado de Versalhes, que ainda estava em vigência, pesava sobre o povo alemão. A Renânia, região oeste da Alemanha, ainda era ocupada parcialmente pela França por conta da garantia do pagamento das reparações, além das limitações impostas às forças armadas, que também vigoravam. Em 1929, visando tornar mais leve o pagamento da dívida de guerra, o Plano Dawes foi substituído pelo Plano Young, que preconizava a retirada da França de três regiões da Renânia, além de se ter fixado o pagamento das reparações em cifras escalonadas até o ano de 1988. De qualquer forma, o plano não agradou à direita, que tentou aprovar uma lei contra o Plano<sup>507</sup>.

---

<sup>503</sup> Ibid., p. 38-45.

<sup>504</sup> Ibid., p. 46-47.

<sup>505</sup> Ibid., p. 48-49.

<sup>506</sup> Ibid., p. 49-50.

<sup>507</sup> Ibid., p. 97-98.

Contudo, a recuperação alemã tornou sua economia dependente do mercado externo e dos empréstimos norte-americanos. A Crise de 1929 representou um sério golpe à economia alemã, porque os principais mercados consumidores reduziram as compras, refreando o comércio exterior alemão, e os empréstimos norte-americanos foram “renovados a um prazo muito curto”. A queda nas exportações levou a despedidas em massa e à falência de certas indústrias. A situação foi agravando-se até o ano de 1932 e os industriais exigiam a redução de direitos sociais dos trabalhadores, como a diminuição de salários, seguros-desemprego e ajudas sociais, aumento da jornada de trabalho e não reconhecimento de acordos coletivos de trabalho<sup>508</sup>.

O governo então caiu. Chegou ao poder o deputado do centro católico Brüning, que seria conhecido posteriormente como o “início da decadência republicana”. Ele começou seu governo sem o apoio do Parlamento, e valendo-se do artigo 48 da então constituição vigente exercia o poder por meio de decretos. Dependia, por conseguinte, unicamente do Presidente Hindenburg. Dois meses após o começo de seu governo ele dissolveu o Parlamento e convocou novas eleições. No pleito os nazistas sagraram-se vencedores, recebendo o apoio do sentimento nacionalista alemão, que era muito forte desde o término da guerra<sup>509</sup>.

O partido nazista foi crescendo e o SPD foi perdendo espaço. O KPD, por seu turno, comemorava o decréscimo do SPD e rejubilava-se com seu avanço, devido ao ingresso de jovens desempregados. O partido nazista crescera vertiginosamente em um período de quatro anos. Em 1928 tinham 12 deputados, dois anos depois contavam com 107 e, em 1932, já possuíam 232 cadeiras no Parlamento. O SPD passara respectivamente de 153 para 143 e 89 na mesma época. E o KPD avançara de 54 para 77 e, enfim, 100 deputados em 1932. O SPD e o KPD eram forças divergentes e opostas. Com isso o nazismo progredia<sup>510</sup>.

As eleições de 1932 mantiveram a tendência de crescimento do nazismo e queda da social-democracia (SPD), além de um avanço menor do comunismo (KPD). A crise econômica chegou ao ápice, com o recrudescimento do desemprego e das falências. Os nazistas pressionavam o governo para uma reforma ministerial. O Parlamento foi dissolvido e novas eleições foram convocadas, três meses apenas após as anteriores. Desta vez os nazistas perderam votos e reduziram em 34 seu número de deputados. A situação

---

<sup>508</sup> Ibid., p. 98-99.

<sup>509</sup> Ibid., p. 100-101.

<sup>510</sup> Ibid., p. 108-109.

continuava tensa e o Primeiro-Ministro Von Pappen renunciou. Para o cargo foi nomeado o então ministro do Exército Von Schleicher, cujo governo não durou nem dois meses. Hitler ganhou o respaldo dos industriais e das forças armadas e acabou sendo nomeado o Primeiro-Ministro em janeiro de 1933<sup>511</sup>.

### 3.2.10.3. A Organização Internacional do Trabalho (OIT)

91. O Tratado de Versalhes, como já visto alhures, além das diversas condições à Alemanha, previu a criação de uma organização internacional, vinculada à Liga das Nações, que se encarregasse de estabelecer normas jurídicas relativas a condições de trabalho que pudessem ser adotadas pelos países no mundo. Foi, então, criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), referida na Parte XIII do Tratado.

Logo no seu preâmbulo diz-se que a OIT tem o caráter de estabelecer condições de trabalho dignas para as partes contratantes, o que contribuiria para a justiça social e a paz universal. Ainda, relata a regulamentação da jornada de trabalho, de um salário que assegurasse condições dignas de existência, de mecanismos governamentais e seguros contra o desemprego e outras contingências, como enfermidades e acidentes do trabalho, tutela do trabalho dos menores e das mulheres, previdência social para assegurar pensões e aposentadorias em caso de velhice e de invalidez, o trabalho do estrangeiro, a liberdade sindical, entre outros<sup>512</sup>.

A OIT foi criada como uma organização de caráter tripartite, contemplando a participação de empregados, empregadores e governos em pé de igualdade, situação inédita até então. Sua produção normativa foi profícua até o início da Segunda Guerra Mundial<sup>513</sup>.

A título de exemplo, no interregno de 1919 (data de sua criação) e 1939 (início da Segunda Guerra Mundial) a OIT produziu 67 (sessenta e sete) Convenções<sup>514</sup>, sobre os

---

<sup>511</sup> Ibid., p. 111-114. Para mais detalhes em relação à República de Weimar, vide: RICHARD, Lionel A **República de Weimar, 1919-1933** Op. Cit. p. 61-272; GAY, Peter. **Cultura de Weimar** [Weimar Culture]. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978; BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Op. Cit.

<sup>512</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição (1919)**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/>>. Acesso em 08 jun. 2012, 14:36:56.

<sup>513</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 257; SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª. Ed. Atual. São Paulo: LTr, 2000. p. 105-106.

<sup>514</sup> Só para se ter uma ideia, a última Convenção da OIT foi a de número 189, aprovada em 2011. Ou seja, de 1946 (retomada das atividades após a Segunda Guerra Mundial) a 2011 foram celebradas 122 (cento e vinte e duas) Convenções, uma média de 1,876 convenção por ano, ao passo que nos primeiros vinte anos de

mais diversos temas, como: duração do trabalho; desemprego; proteção da maternidade; trabalho do menor; indenização para despedida sem justa causa; trabalho dos marítimos; direito de associação; segurança e saúde do trabalho; trabalho noturno; trabalho forçado; agências de colocação; trabalho da mulher; e trabalho do migrante<sup>515</sup>.

O artigo 427, do Tratado de Versalhes, ainda no contexto da criação da OIT, estabelece que o trabalho não pode ser uma mercadoria, preconizando a sua proteção por meio de normas jurídicas a serem aprovadas pelos Estados, ressaltando alguns princípios: a liberdade de associação, o salário digno, a jornada de trabalho de oito horas, a adoção de um dia de descanso semanal, preferencialmente no domingo, a vedação do trabalho do menor, prevendo o seu direito à educação, a isonomia salarial, além da proteção de tais normas por meio de um serviço de inspeção do trabalho<sup>516</sup>.

É inegável, de todo modo, o avanço preconizado, ao menos sob o prisma teórico pela constituição da OIT, tanto pelas declarações de princípios então enunciadas, quanto por um aspecto concreto produzido, extremamente relevante para a formação da nova racionalidade, que pouco tem sido ressaltado. A constituição da OIT foi um marco na história da humanidade sobretudo por ter conduzido os trabalhadores ao centro de poder. Enquanto em muitos países ainda não havia sido instituído o sufrágio universal, os trabalhadores (sem distinção de sexo) foram integrados à assembleia deliberativa da OIT em pé de igualdade com os Estados e os representantes dos empregadores, para criarem normas jurídicas da produção capitalista em nível mundial<sup>517</sup>.

Verifica-se, assim, pois, que o Direito do Trabalho começa a tomar forma no início do século XX, contudo, ressaltando-se, como já salientado anteriormente, que a legislação trabalhista começou a ser editada um pouco antes, no século XIX.

#### 3.2.10.4. Constitucionalismo social

**92.** Segundo HERRERA a “questão da constitucionalização social” reapareceu, de

---

Organização, foram 3,35 convenções em média por ano.

<sup>515</sup> Para o texto completo de todas as Convenções, vide: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/>>. Acesso em 08 jun. 2012, 14:36:56.

<sup>516</sup> TRATADO DE PAZ DE VERSALHES. Op. Cit.

<sup>517</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 264.

forma acentuada, no interregno entre as duas guerras mundiais. Foi um movimento que se estendeu até a Constituição espanhola de 1931, caracterizando-se pela “incorporação de cláusulas programáticas de conteúdo econômico e social nos textos constitucionais”<sup>518</sup>.

As duas constituições citadas como marco do Constitucionalismo Social são as do México (1917) e de Weimar (1919).

**93.** Apesar de não estar inserido no centro do capitalismo neste período, o México, após a Revolução Mexicana de 1910, foi o país pioneiro a promulgar uma constituição com feição social no mundo. A primeira Constituição a abordar de forma sistemática o trabalho<sup>519</sup>.

A título ilustrativo, o seu artigo 123, regulamentava, detalhadamente direitos trabalhistas, tais como: jornada de trabalho de oito horas; trabalho noturno; idade mínima de admissão ao trabalho de quatorze anos; descanso semanal; proteção ao trabalho da mulher; salário mínimo; isonomia salarial; proteção do salário; participação nos lucros; horas extras com valor superior ao da hora normal; direito de moradia; formação profissional; proteção contra acidentes do trabalho; segurança e saúde do trabalho; direito de associação; direito de greve; órgão incumbido de resolver os conflitos do trabalho; indenização por despedida sem justa causa; agências de colocação gratuitas; trabalho do estrangeiro; e seguros sociais, entre outros<sup>520</sup>.

A magnitude deste texto constitucional reside no fato de ele ter sido o primeiro a consagrar os direitos trabalhistas no âmbito dos direitos fundamentais, fato que só veio a ocorrer na Europa após o término da Primeira Guerra Mundial, com a Constituição de Weimar. A Constituição Mexicana de 1917 previu diversos direitos que depois fizeram parte de Convenções da OIT<sup>521</sup>.

**94.** A Constituição de Weimar, por sua vez, é tida como de maior influência do que a anterior mexicana. Conforme sublinhado alhures, ela não foi fruto de um consenso e também foi promulgada em um período muito conturbado da história da Alemanha. É neste contexto que reside o motivo de sua não efetividade. De qualquer forma, ela é relevante porque representou, ao menos teoricamente, uma mudança de postura do Estado

<sup>518</sup> HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 13.

<sup>519</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 275.

<sup>520</sup> MÉXICO. **Constituição (1917)**. Disponível em: <[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM\\_orig\\_05feb1917.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2012, 16:34:00.

<sup>521</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Op. Cit. p. 190-191.

frente aos problemas sociais, mormente em relação às condições sociais e de trabalho desta época.

A constituição alemã, então, trouxe a preocupação do Estado com a alteração da realidade econômica existente. Ela passa a determinar as tarefas estatais para a consecução deste desiderato, e, ainda, visando atingir determinados fins e objetivos. A Lei Magna, portanto, voltava-se à alteração do quadro fático existente<sup>522</sup>.

Influenciada pela Revolução Russa, ela previu, no seu artigo 165, os conselhos, que representaria a integração do Parlamento com as forças econômicas e sociais. Seria uma forma de cooperação entre as classes, denominada de “democracia coletiva”<sup>523</sup>.

O artigo 163 estabelecia o direito ao trabalho como meio de manutenção do cidadão. Contudo, este texto não foi sistemático como o da Constituição Mexicana, que previu de forma detalhada, conforme ressaltado outrora, diversos direitos trabalhistas que foram posteriormente positivados pelos mais diversos ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo<sup>524</sup>.

### 3.2.10.5. Totalitarismo e a Segunda Guerra Mundial

**95.** O período entre as duas guerras foi uma época de mudança na postura do Estado frente às questões sociais e econômicas. Como sublinhado antanho, a intervenção social passou a ser objeto de constituições, chamadas, por este motivo, de constituições sociais. Paralelamente, a Crise de 1929 decretou a incapacidade do liberalismo econômico de enfrentar crises econômicas. Era necessário, pois, uma postura mais ativa do Estado na economia para proteger o regime capitalista. Nos EUA, a grande potência capitalista após a Primeira Guerra Mundial, a intervenção do Estado na economia foi preconizada pelo Plano

<sup>522</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social**: Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. 2003. 172 f. Tese (Livre-Docência em Direito Econômico). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22092009-150501/pt-br.php>>. Acesso em: 08 jun. 2012, 16:58:45. p. 25.

<sup>523</sup> Ibid., p. 31.

<sup>524</sup> ALEMANHA. **Constituição (1919)**. Disponível em: <[http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html#FÜNFTER\\_ABSCHNITT02](http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html#FÜNFTER_ABSCHNITT02)>. Acesso em: 08 jun. 2012, 17:16:13. Para mais detalhes em relação à Constituição de Weimar de 1919, vide: BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social**: Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. Op. Cit. Para o debate envolvendo as duas Constituições, vide: PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. Op. Cit.

New Deal.

A Revolução Russa, por seu turno, trazia como novidade ao mundo a planificação da economia, que representava a intervenção estatal na economia. Na verdade, cabia ao Estado dirigir a economia.

Havia, além disso, os regimes totalitários, que foram instaurados na Itália e Alemanha, com a pregação do Estado Total<sup>525</sup>.

Assim, nas palavras de HOBBSAWN,

o período de 1929-33 foi um abismo a partir do qual o retorno a 1913 tornou-se não apenas impossível, como impensável. O velho liberalismo estava morto, ou parecia condenado. Três opções competiam agora pela hegemonia intelectual-política. O comunismo marxista era uma. (...) Um capitalismo privado de sua crença na otimização de livres mercados, e reformado por uma espécie de casamento não oficial ou ligação permanente com a moderada social-democracia de movimentos trabalhistas não comunistas, era a segunda, e, após a Segunda Guerra Mundial, mostrou-se a opção mais efetiva. (...) A terceira opção era o fascismo, que a Depressão transformou num movimento mundial, e, mais objetivamente, num perigo mundial<sup>526</sup>.

As três opções existiam. A URSS adotou a primeira, mas ela era a única até a eclosão da Segunda Guerra Mundial. A social-democracia foi adotada inicialmente pela Alemanha (República de Weimar), que a substituiu pelo nazismo (totalitarismo). Aliás, este regime é tido como o grande responsável pelo grande conflito armado mundial.

**96.** Muito se discute sobre as origens da Segunda Guerra Mundial, falando-se que a Alemanha, o Japão e a Itália foram os Estados agressores. Os adversários foram arrastados à Guerra, já que não queriam o conflito e tentaram evitá-lo. De qualquer forma, mais especificamente, o grande responsável pelo conflito foi Adolf Hitler<sup>527</sup>.

Consoante salientado alhures, a Alemanha saiu como a responsável pela Primeira Guerra Mundial, tendo sido submetida às adversas (e humilhantes) condições impostas pelas nações vencedoras (sobretudo, a França) no Tratado de Versalhes. A República de

<sup>525</sup> Sobre o totalitarismo, vide: ARENDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. 7ª. Reimpr. Cleveland and New York: Meridian Books, 1962. Disponível em: <<http://archive.org/details/originsoftotalit00aren>>. Acesso em: 11 jun. 2012, 13:36:36; COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. Op. Cit. p. 364-386.

<sup>526</sup> HOBBSAWN, Eric J. **Era dos Extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Op. Cit. p. 43.

<sup>527</sup> Ibid., p. 111-112.

Weimar teve uma origem conturbada, mas estabilizou-se entre 1924 e 1929, com os empréstimos norte-americanos e uma economia voltada à exportação. A Crise de 1929 prejudicou sobremaneira esta recuperação e alçou ao poder o regime nazista de Hitler.

Vários “marcos miliários” podem ser mencionados como fazendo parte do itinerário rumo ao segundo grande conflito mundial: a invasão da Manchúria pelo Japão em 1931; a invasão da Etiópia pela Itália em 1935; as intervenções alemã e italiana na Guerra Civil Espanhola, havida entre 1936-1939; a invasão da Áustria pelos alemães em 1938; as ocupações alemã da Tchecoslováquia e italiana da Albânia em 1939; e as exigências alemãs em relação à Polônia, que foram o estopim da guerra. Pode-se afirmar, também, que a omissão das outras Potências e da Liga das Nações em todas estas situações acima relatadas propiciou o avanço das Potências Centrais e culminou no conflito<sup>528</sup>.

Entre 1940-1941 a Alemanha ia vencendo a guerra, havendo dominado diversos países, como a França, Polônia, Noruega, Dinamarca, Países Baixos e Bélgica, os Bálcãs e as ilhas gregas. A guerra foi “revivida” após a invasão da URSS pela Alemanha em 1941, iniciando uma guerra em duas frentes. Hitler subestimara a capacidade soviética de resistência<sup>529</sup>.

A resistência da URSS surpreendeu Hitler, que esperava vencer o conflito em pouco tempo. A Alemanha não tinha condições de suportar uma guerra longa e a resistência do adversário foi desastrosa para os tudescos. Após suportar a invasão, o exército russo iniciou um avanço sobre a Alemanha, que o levou até Berlim, Praga e Viena no fim da guerra<sup>530</sup>.

Por outro lado, o avanço japonês no Sudeste Asiático foi mal recebido pelos EUA, que aplicou intensa pressão econômica ao Japão, o que levou à guerra entre ambos os países. “O ataque japonês a Pearl Harbor” em 1941 transformou a guerra em um conflito global. A entrada dos EUA na guerra foi decisivo para a derrota do Eixo. “Foram necessários mais três anos e meio para derrotar a Alemanha, após o que o Japão foi posto de joelhos em três meses”<sup>531</sup>.

---

<sup>528</sup> Ibid., p. 44-45.

<sup>529</sup> Ibid., p. 47.

<sup>530</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>531</sup> Ibid., p. 48-49.

### 3.2.10.6. Fim da Segunda Guerra Mundial e Guerra Fria

97. Com o fim da Segunda Guerra Mundial tem-se o início da Guerra Fria, com a bipartição do mundo em duas áreas de influência, o capitalismo, capitaneado pelos EUA, e o comunismo, ciceroneado pela URSS, as duas superpotências que emergiram do conflito armado mundial. De 1945 até 1991, com a queda do comunismo na URSS, o mundo viveu a expectativa de uma grande disputa nuclear que poderia estourar a qualquer tempo e colocar em risco toda a humanidade<sup>532</sup>.

Além de uma disputa ideológica e econômica, as duas superpotências travaram uma competição armamentista. Entretanto, elas não se envolveram em um conflito direto e nem usaram as armas mais potentes. As armas nucleares serviram mais como um trunfo para negociações do que para o uso direto. Nas três grandes guerras ocorridas durante a Guerra Fria as armas atômicas não foram usadas. Na China a vitória foi comunista. Na Coreia houve empate, porquanto a Coreia restou dividida (até hoje) em Sul (capitalista) e Norte (comunista). No Vietnã os EUA foram derrotados. A URSS retirou-se do Afeganistão após oito anos de ocupação<sup>533</sup>.

Muito mais óbvias foram as consequências políticas da Guerra Fria. Quase de imediato, ela polarizou o mundo controlado pelas superpotências em dois ‘campos’ marcadamente divididos. Os governos de unidade antifascista que tinham acabado com a guerra na Europa (exceto, significativamente, os três principais Estados beligerantes, URSS, EUA e Grã-Bretanha) dividiram-se em regimes pró-comunistas e anticomunistas homogêneos em 1947-8. No Ocidente, os comunistas desapareceram dos governos e foram sistematicamente marginalizados na política. Os EUA planejaram intervir militarmente se os comunistas vencessem as eleições de 1948 na Itália. A URSS fez o mesmo eliminando os não comunistas de suas ‘democracias populares’ multipartidárias, daí em diante classificadas como ‘ditaduras do proletariado’, isto é, dos ‘partidos comunistas’. Para enfrentar os EUA criou-se um Internacional Comunista curiosamente restrita e eurocêntrica (o Cominform, ou Departamento de Informação Comunista), que foi discretamente dissolvida em 1956, quando as temperaturas internacionais baixaram. O controle direto soviético estendeu-se a toda a Europa Oriental, exceto, muito curiosamente, a Finlândia, que estava à mercê dos soviéticos e excluiu de seu governo o forte Partido Comunista, em 1948. Permanece obscuro o motivo pelo qual Stalin se absteve de lá instalar um

---

<sup>532</sup> Ibid., p. 223-224.

<sup>533</sup> Ibid., p. 234-235.

governo satélite. Talvez a elevada probabilidade de os finlandeses voltarem a pegar em armas (como fizeram em 1939-40 e 1941-44) o tenha dissuadido, pois ele com certeza não queria correr o risco de entrar numa guerra que podia fugir ao seu controle. Ele tentou, sem êxito, impor o controle soviético à Iugoslávia de Tito, que em resposta rompeu com Moscou em 1948, sem se juntar ao outro lado<sup>534</sup>.

### 3.2.10.7. Criação da ONU e o avanço dos direitos humanos

**98.** Em 1945 foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), visando substituir a Liga das Nações com o objetivo de assegurar a paz internacional, fornecendo uma plataforma para o diálogo entre os países. A OIT foi incorporada por ela.

Pouco tempo depois, em 1948, foi adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo artigo 55 fundamentou, posteriormente, a adoção dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos<sup>535</sup>.

Após diversas discussões doutrinárias travadas em torno da normatividade da Declaração Universal dos Direitos Humanos, alguns defendendo que ela seria somente uma declaração de intenções, e outros, de forma diversa, de a Declaração teria imperatividade por representar um costume internacional, que também é considerado fonte do direito, a ONU adotou os Pactos Internacionais de Direitos Humanos. Assim, em 1966 foram aprovados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o primeiro atrelado aos chamados direitos de primeira dimensão e os últimos aos de segunda dimensão. Não é o caso de prolongar discussões em relação a eles neste momento, porquanto este assunto já foi tratado no capítulo anterior.

O período após a Segunda Guerra Mundial caracterizou pela normatização internacional dos direitos humanos. Além dos documentos aprovados na ONU, a então Comunidade Europeia editou em 1953 a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ao

---

<sup>534</sup> Ibid., p. 235.

<sup>535</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas (1945)**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/charter/>>. Acesso em: 12 jun. 2012, 10:03:14. Art. 55. With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS shall promote: a) higher standards of living, full employment, and conditions of economic and social progress and development; b) solutions of international economic, social, health, and related problems; and international cultural and educational cooperation; and c) universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.

passo que as Américas, sob a Organização dos Estados Americanos (OEA) adotou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Já a Organização da Unidade Africana, mais recentemente, em 1981, publicou a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. A Comissão Asiática dos Direitos Humanos criou a Carta Asiática dos Direitos Humanos em 1986. Enfim, os Estados Muçulmanos criaram a Declaração dos Direitos Humanos do Cairo no Islão em 1990.

99. As primeiras três décadas que se seguiram ao segundo grande conflito armado mundial também foram de prosperidade econômica para os países desenvolvidos, sobretudo na Europa, EUA e Japão. Foi conhecida como os “trinta anos gloriosos”, ou a “Era de Ouro”, tendo sido marcada pela recuperação econômica e pelo avanço dos direitos sociais, sobretudo por conta do Plano Marshall, que propiciou o soerguimento da Alemanha Ocidental e do Japão, ex-rivais de guerra. A expansão econômica possibilitou o progresso das políticas de bem-estar social, proporcionando a propagação dos direitos sociais.

Paralelamente, as constituições também passaram a prever direitos sociais, tal como havia ocorrido no início do século no México e em Weimar. A constitucionalização dos direitos sociais foi no sentido da “integração social”, que tomou a forma da “universalidade”, tal como ocorrera com os Relatórios *Beveridge*. Esta “nova constitucionalização social” seguiu um modelo de Estado intervencionista, inserindo-se neste contexto, por exemplo, a Constituição italiana de 1947<sup>536</sup>, com um rol de direitos sociais, a Lei Fundamental alemã de 1949<sup>537</sup>, que, conquanto não previsse de forma expressa tais direitos estabelece no seu artigo 20 o princípio do Estado Social, que condiciona a sua interpretação a partir do princípio da igualdade. Após, vieram as

<sup>536</sup> ITÁLIA. **Constituição (1947)**. Disponível em: <<http://www.governo.it/governo/costituzione/costituzionerepubblicaitaliana.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2012, 12:38:46.

<sup>537</sup> ALEMANHA. **Constituição (1949)**. Op. Cit. Artikel 20 [Grundlagen staatlicher Ordnung, Widerstandsrecht]. (1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. 2Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. (3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden. (4) Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist. Tradução livre: Artigo 20 [Fundamentos da ordem estatal, Direito de resistência]. (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social. (2) Todo poder do Estado emana do povo. O povo o exerce por meio de eleições e de votações e pelos órgãos especiais investidos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. (3) O Poder Legislativo está sujeito à ordem constitucional, o Executivo e o Judiciário estão sujeitos à lei e ao direito. (4) Todos os alemães têm o direito de resistir contra qualquer pessoa que se comprometa a abolir a ordem constitucional se não houver outra solução possível.

Constituições portuguesa, de 1976<sup>538</sup>, e espanhola, de 1978<sup>539</sup>, também de caráter social<sup>540</sup>. Enfim, a Constituição pátria de 1988, indubitavelmente, recepcionando os direitos sociais como direitos fundamentais.

### 3.2.11. Brasil

#### 3.2.11.1. Império

100. Após a Independência, em 1822, o Brasil editou sua primeira Constituição em 1824. Adotou-se, então, o sistema tetradimensional de partição dos Poderes, consoante a doutrina de Benjamin Constant. Aos tradicionais Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, acrescentou-se o Moderador<sup>541</sup>, comandado pelo Imperador. Logo, o Imperador chefiava dois Poderes, o Executivo<sup>542</sup> e o Moderador, o que, na prática, implicava a supremacia de sua vontade perante os outros Poderes<sup>543</sup>.

No período imperial o Brasil ainda era um país eminentemente agrário, com a agricultura voltada à exportação, mais objetivamente, a monocultura do café, que, a partir de meados do século XIX, passou a ser o principal produto brasileiro de exportação<sup>544</sup>. A mão-de-obra era precipuamente escrava, da mesma forma que havia sido durante o ciclo da cana-de-açúcar.

<sup>538</sup> PORTUGAL. **Constituição (1976)**. Lei Constitucional n. 1/82, de 30 de setembro (Primeira Revisão). Op. Cit.

<sup>539</sup> ESPANHA. **Constituição (1978)**. Op. Cit.

<sup>540</sup> HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 18-20.

<sup>541</sup> Ele foi previsto no artigo 98 daquela Carta Constitucional: O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. BRASIL. **Constituição (1824)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2012, 09:51:17.

<sup>542</sup> Ibid. Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

<sup>543</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 362-364. Para mais detalhes em relação à Constituição do Brasil Imperial, vide: BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1958; RODRIGUES, José Carlos. **Constituição política do império do Brasil**: seguida do Acto Adicional, da Lei da sua interpretação. Rio de Janeiro: Laemmert, 1863; SOUSA, Joaquim Rodrigues de. **Análise e comentário da constituição política do império do Brasil**. Maranhão: B de Mattos, 1870.

<sup>544</sup> FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. Ed. Comemorativa: 50 Anos. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 176-184.

Com a abolição da escravatura, em 1888, impulsionou correntes migratórias e imigratórias em direção às regiões cafeeiras.

A situação favorável, do ponto de vista das oportunidades de trabalho, que exigia na região cafeeira valeu aos antigos escravos liberados salários relativamente elevados. Com efeito, tudo indica que na região do café a abolição provocou efetivamente uma redistribuição da renda em favor da mão de obra. Sem embargo, essa melhora na remuneração real do trabalho parece haver tido efeitos antes negativos que positivos sobre a utilização dos fatores. Para bem captar esse aspecto da questão é necessário ter em conta alguns traços mais amplos da escravidão. O homem formado dentro desse sistema social está totalmente desaparelhado para responder aos estímulos econômicos. Quase não possuindo hábitos de vida familiar, a ideia de acumulação de riqueza é praticamente estranha. Demais, seu rudimentar desenvolvimento mental limita extremamente suas ‘necessidades’. Sendo o trabalho para o escravo uma maldição e o ócio o bem inalcançável, a elevação de seu salário acima de suas necessidades — que estão definidas pelo nível de subsistência de um escravo — determina de imediato uma forte preferência pelo ócio<sup>545</sup>.

A sociedade brasileira de então era dominada pela oligarquia agrária, reflexo da economia baseada na agricultura de exportação. A burguesia industrial iniciou sua ascensão posteriormente, sobretudo, após a Primeira República, sem, entretanto, derrubar de forma cabal a oligarquia rural<sup>546</sup>.

#### 3.2.11.1.1. Leis do Império

**101.** Apesar de esta ser uma época em que ainda vigorava a escravidão, houve a edição de algumas leis trabalhistas, sendo oportuno lembrá-las.

A primeira lei sobre o contrato por escrito acerca da prestação de serviços realizada por brasileiros ou estrangeiros foi promulgada em 1830. Sete anos depois, outra lei foi aprovada, então, preceituando normas relativas às locações de serviços dos colonos. Prosseguindo, em 1846, foram estabelecidas regras sobre os vencimentos dos caixeiros estrangeiros, assim como se lhe limitam o número de casas comerciais, preconizando, de

---

<sup>545</sup> Ibid., p. 212.

<sup>546</sup> CARONE, Edgar. **Movimento Operário no Brasil: 1877-1944**. São Paulo: Difel, 1984. p. 3.

certa forma, a “nacionalização do trabalho” no país<sup>547</sup>.

Aprovado em 1850, o Código Comercial trouxe alguns novos direitos trabalhistas. O artigo 74<sup>548</sup> estabelecia a nomeação por escrito dos caixeiros; o artigo 79<sup>549</sup> previa a continuidade no pagamento dos salários, por até três meses, em caso de acidentes imprevistos e inculpados; o artigo 80<sup>550</sup>, sobre indenização aos empregados em caso de dano extraordinário; o artigo 81<sup>551</sup> regulava o aviso prévio de um mês; o artigo 84<sup>552</sup> estipulava as hipóteses de justa causa. Os artigos 226 a 246 dispunham sobre a locação mercantil, ao passo que os artigos 543 a 565 preceituavam normas acerca do contrato de ajuste marítimo<sup>553</sup>.

A Lei n. 2.040, de 1871, declarava livres os filhos de mulheres escravas (Lei do Ventre Livre)<sup>554</sup>. Oito anos depois, por meio da Lei n. 2.827, foram revogadas as normas jurídicas de 1830 e 1837 pertinentes à locação de serviços, passando a regular esta matéria de forma exaustiva, preparando o país para a então vindoura abolição da escravatura<sup>555</sup>.

<sup>547</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 5ª. Ed. Rev. Atual. São Paulo: LTr, 1995. p. 81-82.

<sup>548</sup> BRASIL. **Lei n. 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM556.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM556.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2012, 11:32:56. Art. 74. Todos os feitores, guarda-livros, caixeiros e outros quaisquer prepostos das casas de comércio, antes de entrarem no seu exercício, devem receber de seus patrões ou preponentes uma nomeação por escrito, que farão inscrever no Tribunal do Comércio (artigo nº. 10, nº 2); pena de ficarem privados dos favores por este Código concedidos aos da sua classe.

<sup>549</sup> Ibid. Art. 79. Os acidentes imprevistos e inculpados, que impedirem aos prepostos o exercício de suas funções, não interromperão o vencimento do seu salário, contanto que a inabilitação não exceda a 3 (três) meses contínuos.

<sup>550</sup> Ibid. Art. 80. Se no serviço do preponente acontecer aos prepostos algum dano extraordinário, o preponente será obrigado a indenizá-lo, a juízo de arbitradores.

<sup>551</sup> Ibid. Art. 81. Não se achando acordado o prazo do ajuste celebrado entre o preponente e os seus prepostos, qualquer dos contraentes poderá dá-lo por acabado, avisando o outro da sua resolução com 1 (um) mês de antecipação.

<sup>552</sup> Ibid. Art. 84. Com respeito aos preponentes, serão causas suficientes para despedir os prepostos, sem embargo de ajuste por tempo certo: 1 - as causas referidas no artigo precedente; 2 - incapacidade para desempenhar os deveres e obrigações a que se sujeitaram; 3 - todo o ato de fraude, ou abuso de confiança; 4 - negociação por conta própria ou alheia sem permissão do preponente.

<sup>553</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 82. Em sentido convergente, vide: MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. 3ª. Ed. Rev. Ampl. Atual. São Paulo: LTr, 1991. p. 32.

<sup>554</sup> BRASIL. **Lei n. 2.040, de 28 de setembro de 1871**. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LIM/LIM2040-1871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM2040-1871.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2012, 11:43:34. Art. 1.º Os filhos de mulher escrava que nascerem no Império desde a data desta lei serão considerados de condição livre.

<sup>555</sup> MORAES FILHO, Evaristo & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 83.

Não obstante a Constituição de 1824 fosse contrária à liberdade de associação<sup>556</sup>, na década de 70 do século XIX, “fundavam-se, no Rio de Janeiro, a Liga Operária (1870) e a União Operária dos Trabalhadores do Arsenal da Marinha (1880), como tímidas manifestações do espírito associacionista urbano e reivindicador de certos trabalhadores livres”<sup>557</sup>.

E, enfim, a lei mais importante, do ponto de vista do trabalhador, foi a Lei Áurea, de 13 de maio de 1888, cujo artigo 1º estatuiu a extinção da escravidão, desde aquela data, no Brasil<sup>558</sup>.

### 3.2.11.2. Primeira República

**102.** A Primeira República, ou República Velha, vigorou no interregno entre 1889 até 1930, com o golpe de Estado capitaneado por Getúlio Vargas. Este período, sobretudo após 1902, com Campos Sales, o primeiro presidente civil do Brasil, foi marcado por uma aliança entre os Estados de São Paulo e Minas Gerais, sendo que o primeiro era o Estado mais rico da nação e o segundo, o mais populoso. São Paulo era a grande produtora de café e Minas Gerais de leite. Por isso, foi também denominada de República do Café com Leite, que preconiza uma alternância no poder entre os referidos Estados.

Esta forma de política era assegurada pelo Coronelismo, que era uma forma de assegurar que a oligarquia agrária detivesse o poder, por meio do apadrinhamento ou mesmo da força, que se verificava no voto de cabresto e também em fraudes eleitorais. Como o voto era aberto, todos os trabalhadores submetidos ao coronel, grande proprietário rural, eram forçados a votar no candidato indicado por este, temendo eventuais represálias. Além disso, a chamada Política dos Governadores, pacto existente entre o Governo Federal e os governos estaduais no sentido de que houvesse um apoio recíproco, de forma que era quase impossível haver oposição que lograsse êxito nos pleitos eleitorais.

<sup>556</sup> BRASIL. **Constituição (1824)**. Op. Cit. Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. XXV. Ficam abolidas as Corporações de Offícios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

<sup>557</sup> MORAES FILHO, Evaristo & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 83. No mesmo sentido, vide: RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 31; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 75; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 32.

<sup>558</sup> BRASIL. **Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM3353.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2012, 12:13:00. Art. 1º. É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil.

Na economia, a estrutura agrária ainda predominava, e o café continuava sendo o principal produto brasileiro de exportação.

No último decênio do século XIX criou-se uma situação excepcionalmente favorável à expansão da cultura do café no Brasil. Por um lado, a oferta não brasileira atravessou uma etapa de dificuldades, sendo a produção asiática grandemente prejudicada por enfermidades que praticamente destruíram os cafezais da ilha de Ceilão. Por outro, com a descentralização republicana o problema da imigração passou às mãos dos estados, sendo abordado de forma muito mais ampla pelo governo de São Paulo, vale dizer, pela própria classe dos fazendeiros de café. Finalmente, o efeito estimulante da grande inflação de crédito desse período beneficiou duplamente a classe de cafeicultores: proporcionou o crédito necessário para financiar a abertura de novas terras e elevou os preços do produto em moeda nacional com a depreciação cambial. A produção brasileira, que havia aumentado de 3,7 milhões de sacas (de sessenta quilos) em 1880-1 para 5,5 milhões em 1890-1, alcançaria em 1901-2 16,3 milhões<sup>559</sup>.

Algumas crises econômicas do final do século XIX provocaram o decréscimo nos preços do café, impulsionando o governo brasileiro a tomar medidas de caráter cambial de forma a compensar os produtores da desvalorização do preço internacional daquele produto. Até que tais políticas tornaram-se ineficazes e decidiu-se adotar medidas diferenciadas. Para tanto, em 1906, o denominado Convênio de Taubaté, abrangendo os seguintes aspectos: o governo compraria o café excedente; o financiamento da aquisição do excedente dar-se-ia com empréstimos estrangeiros; o serviço dos empréstimos seria custeado por um novo imposto a ser cobrado sobre cada saca de café exportada; os governos dos estados produtores deveriam tomar medidas visando a desencorajar a expansão das plantações de café<sup>560</sup>.

Este sistema funcionou com relativa eficiência até o final da década de 20, quando, com a Crise de 1929, houve o colapso. Isto porque, devido à já assinalada política iniciada em 1906, pelo Convênio de Taubaté, impulsionara ainda mais a produção de café, em decorrência da valorização artificial do produto no mercado internacional provinda da retenção do produto pelas compras dos excedentes pelo governo brasileiro. As reservas brasileiras foram esvaziadas pela fuga de capitais ocasionada pela Grande Crise, além de

---

<sup>559</sup> FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. Op. Cit. p. 257.

<sup>560</sup> *Ibid.*, p. 259.

ter reduzido a demanda internacional pelo produto<sup>561</sup>.

Não era mais possível conseguir empréstimos internacionais por conta do colapso financeiro mundial. A crise econômica, agregada à quebra da Política do Café com Leite pelo então Presidente Washington Luís, que decidiu apoiar Júlio Prestes, em contraposição a Minas Gerais, que, em contrapartida, acabou decidindo respaldar o candidato gaúcho Getúlio Vargas. O candidato paulista venceu, contudo, não foi proclamada sua vitória, porquanto a aliança do outro candidato alegava fraude eleitoral. Os Estados aliados planejavam uma revolta armada. A situação piorou com o assassinato de João Pessoa, que era o então candidato a vice-presidente com Getúlio Vargas. O Exército, que já era contrário à República Velha em virtude do Tenentismo, apoiou os derrotados e houve um golpe de Estado, iniciando-se a chamada Era Vargas, que foi de 1930 até 1945.

### 3.2.11.2.1. Leis da Primeira República

**103.** Algumas leis relevantes, do ponto de vista trabalhista, antecederam a primeira Constituição da República, no chamado Governo Provisório, que vigorou entre a Proclamação da República, que ocorrera em 15/11/1889, até a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 24/02/1891<sup>562</sup>.

Cronologicamente, pode-se afirmar que o Código Penal de 1890 (Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890) previa a greve como crime sujeito a pena de prisão<sup>563</sup>. Todavia, dois meses depois estes dispositivos foram revogados, pelo Decreto n. 1.162/1890 (12 de dezembro de 1890), o que implicou a legitimação do direito de greve<sup>564</sup>.

Outra lei importante foi o Decreto n. 1313/1891 (17 de janeiro de 1891), que

---

<sup>561</sup> Ibid., p. 261-267.

<sup>562</sup> Para um quadro da legislação de caráter social do período entre o final do século XIX e fim da Era Vargas (1930-1945), vide: SIMÃO, Azis. **Sindicato e Estado**: suas relações na formação do proletariado de São Paulo. São Paulo: Ática, 1981. p. 84-92.

<sup>563</sup> BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 18 jun. 2012, 13:28:10. **Art. 205.** Seduzir, ou aliciar, operarios e trabalhadores para deixarem os estabelecimentos em que forem empregados, sob promessa de recompensa, ou ameaça de algum mal: Penas – de prisão cellullar por um a três mezes e multa de 200\$ a 500\$000. **Art. 206.** Causar, ou provocar, cessaçao ou suspensão de trabalho, para impor aos operarios ou patrões augmento ou diminuição de serviço ou salario: Pena – de prisão cellullar por um a três mezes. § 1º Si para esse fim se colligarem os interessados: Pena – aos chefes ou cabeças da colligação, de prisão cellullar por dous a seis mezes. § 2º Si usarem de violencia: Pena – de prisão cellullar por seis mezes a um anno, além das mais em que incorrerem pela violencia.

<sup>564</sup> VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989. p. 45-46; MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de Direito Operário**. Op. Cit. p. 58-60.

proibia o trabalho do menor de 12 (doze) anos de idade, com permissão da aprendizagem entre 08 (oito) e 12 (doze) anos de idade<sup>565</sup>.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24/02/1891, teve nítida influência do constitucionalismo norte-americano, apresentando contornos liberais. Os princípios fundamentais adotados foram: o sistema republicano, a forma presidencial de governo, a federação como forma de Estado, e uma suprema corte com competência para declarar a inconstitucionalidade de leis, além de um “conceito individualista de liberdade”, tudo nos moldes americanos<sup>566</sup>.

O artigo 72, § 8º, deste texto constitucional previa a liberdade de associação<sup>567 568</sup>. Pouco mais tarde, a Lei n. 173/1893 (10 de setembro de 1893), regulamentou esta disposição, permitindo o funcionamento de associações religiosas.

O início do século XX foi marcado por greves, que começaram em 1901 no Estado de São Paulo, tendo seus “pontos culminantes” entre 1917 e 1919. As reivindicações originárias concerniam a questões salariais, mas logo elas foram combinadas com a exigência por outros direitos trabalhistas, como jornada de trabalho menor, seguro contra acidentes do trabalho, aposentadoria, tutela do trabalho do menor e da mulher, férias, horas extras<sup>569</sup>.

<sup>565</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 83; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 33; MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de Direito Operário**. Op. Cit. p. 31-33; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 134; VIANNA, José de Segadas. *Evolução do Direito do Trabalho no Brasil*. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21ª. Ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. v. 1. São Paulo: LTr, 2003. p. 52; VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 45; MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. 2ª. Ed. São Paulo: Hucitec, 1989. p. 19.

<sup>566</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 362-364. Para mais detalhes em relação à Constituição do Brasil de 1891, vide: BARBOSA, Rui. **Commentarios a Constituição Brasileira**. 6 v. São Paulo: Saraiva, 1933; BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira, Comentários**. Rio de Janeiro: Litho-Typografia, 1902; MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1918.

<sup>567</sup> BRASIL. **Constituição (1891)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2012, 13:12:34. Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 8º - A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.

<sup>568</sup> MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 32-33; VIANNA, José de Segadas. *Evolução do Direito do Trabalho no Brasil*. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 71-73.

<sup>569</sup> VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 51. Sobre as greves no período da Primeira República, vide: CARONE, Edgar. **Movimento Operário no Brasil: 1877-1944**. Op. Cit. p. 85-108. Especificamente sobre a greve de 1917, vide: FAUSTO, Boris. **Conflito Social na República Oligárquica: a Greve de 1917**. Trabalho apresentado ao simpósio sobre: “Clases obreras y populares en America Latina”, incluído na reunião de História Econômica e Social do Congresso de Americanistas (México, 1974). Disponível em:

A ação operária volta-se, então, ao Estado para institucionalizar o conflito entre o capital e o trabalho. Assim, a classe trabalhadora passa a buscar uma resposta estatal no sentido da edição de novas leis protegendo e regulamentando o trabalho<sup>570</sup>.

Já o Decreto n. 979/1903 (06 de janeiro de 1903) previu o direito de sindicalização rural<sup>571</sup>. Pouco depois, a Lei n. 1.637 (05 de janeiro de 1907) estabeleceria direitos relativos à sindicalização urbana e rural<sup>572</sup>.

Neste interregno, a Lei n. 1.150/1905 (05 de janeiro de 1905) preceituava o direito de crédito privilegiado ao salário do trabalhador rural<sup>573</sup>.

Em 1º de janeiro de 1913 foi editada o Decreto Legislativo n. 2.741 (Lei Adolfo Gordo), que permitia a expulsão de estrangeiros “politicamente indesejáveis”<sup>574</sup>. Houve resistência dos trabalhadores em relação a esta lei, com a realização de dois congressos, comícios, um deles com mais de 10 (dez) mil pessoas, diversas greves em São Paulo, o que “demonstra a intensa vitalidade do movimento operário”<sup>575</sup>.

<[http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca\\_virtual/conflito\\_social\\_na\\_republica.pdf](http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/conflito_social_na_republica.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2012, 10:42:45. Para uma análise detalhada acerca das greves ocorridas na Primeira República, vide: SIMÃO, Azis. **Sindicato e Estado**: suas relações na formação do proletariado de São Paulo. Op. Cit. p. 99-121. Vide, também: Angela Maria de Castro. **Burguesia e trabalho**: política e legislação social no Brasil 1917-1937. Rio de Janeiro: Campus, 1979. p. 58 e seguintes. Neste trabalho a autora mostra, entre outros pontos, como a questão social era discutida no Parlamento brasileiro.

<sup>570</sup> VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 53. Segundo MARTINS, o anarco-sindicalismo marcou a tendência das associações operárias deste período: MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 15-16. Para um estudo pormenorizado sobre a organização sindical deste período, vide: SIMÃO, Azis. **Sindicato e Estado**: suas relações na formação do proletariado de São Paulo. Op. Cit. p. 149-187. Vide, também: ANTUNES, Ricardo. **Classe operária, sindicatos e partidos no Brasil**: um estudo sobre a consciência de classe, da Revolução de 30 até a Aliança Nacional Libertadora. São Paulo: Cortez e Editora Ensaio, 1982. p. 63-66.

<sup>571</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 83; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 33; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 76; RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios de Direito Sindical**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 31; AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2006. p. 81.

<sup>572</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 83; RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 31; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 33; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 134-135; VIANNA, José de Segadas. **Evolução do Direito do Trabalho no Brasil**. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 53; VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 50.

<sup>573</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 83; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 134; VIANNA, José de Segadas. **Evolução do Direito do Trabalho no Brasil**. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 52.

<sup>574</sup> Para mais detalhes em relação à expulsão de estrangeiros durante a Primeira República, vide: BONFÁ, Rogério Luis Giampistro. “Com lei ou sem lei”: as expulsões de estrangeiros na Primeira República. In: **Cadernos AEL**, v. 14, n. 26, 2009, p. 184-214. Disponível em: <[http://segall.ifch.unicamp.br/publicacoes\\_ael/index.php/cadernos\\_ael/article/viewFile/50/51](http://segall.ifch.unicamp.br/publicacoes_ael/index.php/cadernos_ael/article/viewFile/50/51)>. Acesso em: 20 jun. 2012, 09:05:35.

<sup>575</sup> VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 57. Em sentido convergente,

O Código Civil, que foi promulgado três anos depois, (Lei n. 3.071, de 1ª de janeiro de 1916), passou a prever, no contexto do Direito Privado, a regulação do trabalho como “locação de serviços” (artigos 1.216 a 1.236)<sup>576</sup>. Contudo, é sabido que o contexto contratual do Direito Privado é bem distinto do praticado no Direito do Trabalho, sendo que no primeiro caso vigora a autonomia da vontade, ao passo que no último há o dirigismo contratual, com a imposição de normas de caráter cogente, ainda que contrárias à vontade das partes, no intuito de proteger a parte mais fraca da relação de emprego, o trabalhador.

Vários projetos de lei foram rejeitados ou vetados, com fulcro no entendimento de que o Estado não deveria intervir nas relações particulares, nos contratos entre particulares (liberalismo)<sup>577</sup>.

A partir de 1917 foram deflagrados diversos movimentos grevistas. Os empresários reagem com locautes. Mas a solidariedade operária acabou sendo mais forte. As entidades de representação empresarial, dos trabalhadores e o governo reuniram-se, sendo que o último via a necessidade de regulamentação do trabalho<sup>578</sup>.

No ano seguinte foi criado o Departamento Nacional do Trabalho, por meio do Decreto n. 3.550/1918 (16 de outubro de 1918), que, entretanto, na prática, acabou não funcionando porque não houve regulamentação para tanto<sup>579</sup>.

O Decreto n. 3.724/1919 (15 de janeiro de 1919) veio para regular as obrigações resultantes de acidentes do trabalho<sup>580</sup>, tendo sido uma lei importante tanto sob o aspecto trabalhista quanto previdenciário.

---

vide: MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 17-18.

<sup>576</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 84; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 34; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 135; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 55; VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 50.

<sup>577</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 84-85.

<sup>578</sup> VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 59.

<sup>579</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 85; MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 21.

<sup>580</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 85; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 34; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 134; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 55; VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 61; MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 22-23.

Outra importante norma jurídica relativa às áreas trabalhista e previdenciária foi a Lei Elói Chaves (Decreto Legislativo n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923), criando a Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados das empresas de estradas de ferro, e, ainda, previa a estabilidade decenal<sup>581 582</sup>.

Pouco tempo depois, no mesmo ano, o Decreto n. 16.027/1923 (30 de abril de 1923) criou o Conselho Nacional do Trabalho, que serviria para institucionalizar o conflito entre o capital e o trabalho, e seria o embrião do atual Ministério do Trabalho e Emprego<sup>583</sup>.

A Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926 alterou o artigo 31 da então vigente Constituição de 1891, passando a atribuir ao Congresso Nacional competência para legislar sobre o trabalho (n. 28 daquele dispositivo)<sup>584</sup>.

Neste contexto,

o Parlamento passa a legislar aceleradamente em matéria trabalhista. O ano de 1926 termina com boa parte das condições de trabalho recoberta pela lei, como a dos acidentes de trabalho, a de férias, e a do código de menores. No ano seguinte, criava-se a de seguros contra doença, estabelecendo-se o primeiro perfil do Direito do Trabalho no Brasil<sup>585</sup>.

Com efeito, o Decreto n. 4.982/1925 (24 de dezembro de 1925), apesar de ser

---

<sup>581</sup> BRASIL. **Decreto Legislativo n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1923/4682.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2012, 09:27:01. Art. 42. Depois de 10 anos de serviços efectivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquerito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspectoria e Fiscalização das Estradas de Ferro.

<sup>582</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 85; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 35; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 135; VIANNA, José de Segadas. **Evolução do Direito do Trabalho no Brasil**. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 56; VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 61; MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 23.

<sup>583</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 86; VIANNA, José de Segadas. **Evolução do Direito do Trabalho no Brasil**. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 55; MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 21.

<sup>584</sup> BRASIL. **Constituição (1891)**. Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926. Emendas à Constituição Federal de 1891. Disponível em: <[http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon\\_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html](http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html)>. Acesso em: 20 jun. 2012, 09:39:15. “Substitua-se o art. 31 da Constituição pelo seguinte: Art. Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 28. legislar sobre o trabalho”.

<sup>585</sup> VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 61-62.

anterior à citada Emenda Constitucional, somente foi regulamentado pelo Decreto n. 17.496/1926 (30 de outubro de 1926), assegurou o direito de férias de 15 (quinze) dias aos empregados e operários de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários, sem prejuízo de ordenado, vencimentos ou diárias<sup>586</sup>.

Após, o Decreto n. 5.109/1926 (20 de dezembro de 1926), regulamentado, posteriormente, pelos Decretos nºs 17.940 e 17.941, ambos de 1927, estendeu o regime da Lei Elói Chaves às empresas portuárias e marítimas<sup>587</sup>.

Prosseguindo, o Decreto n. 17.943-A/1927 (12 de outubro de 1927) – Código de Menores (artigos 101 a 125) instituiu a proibição do trabalho do menor de 12 (doze) anos, além de ter vedado o trabalho do menor no período noturno e em minas, e proibido o trabalho do menor de 14 (quatorze) anos em praças públicas<sup>588</sup>.

Um ano depois, mais três normas jurídicas acerca do trabalho foram editadas.

Primeiramente, o Decreto n. 18.074/1928 (19 de janeiro de 1928) reformou o Conselho Nacional do Trabalho<sup>589</sup>.

Já o Decreto n. 5.485/1928 (30 de junho de 1928) determinou a implantação de Caixas de Aposentadorias e Pensões para os empregados em empresas de serviços telegráficos e radiotelegráficos<sup>590</sup>.

Por fim, em relação a este período, ainda teve o Decreto n. 5.492/1928 (16 de julho

---

<sup>586</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 86. Sobre a oposição dos empresários à lei relativa às caixas de seguros e pensões, vide: VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 83-85; MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 24.

<sup>587</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 86; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 135; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 55; VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 61.

<sup>588</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 86; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 135; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 55. Sobre a oposição dos empresários ao Código de Menores, vide: VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 81-83; MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 20.

<sup>589</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 86; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 35; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 135.

<sup>590</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 86; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 135; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 55. Sobre a oposição dos empresários ao Código de Menores, vide: VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 81-83.

de 1928), regulando a locação de serviços teatrais e em organizações de diversões<sup>591</sup>.

### 3.2.11.3. A Era Vargas

#### 3.2.11.3.1. Governo Provisório

**104.** O período que sucedeu à Primeira República, ou República Velha, foi chamado de Era Vargas, porquanto o país foi governado por Getúlio Vargas por 15 (quinze) anos, entre 1930 e 1945<sup>592</sup>.

Como visto anteriormente, Vargas ascendeu ao poder por meio de um golpe de Estado, sendo que de 1930 a 1934 ele governou de forma autoritária, com poderes quase ilimitados, intervindo nos Estados, mas continuou a política de valorização do café mediante a criação do Conselho Nacional do Café, além do Instituto do Cacau, e da implantação de novos Ministérios de caráter social, o do Trabalho, Indústria e Comércio e o da Educação.

A autorização normativa para este governo veio com o Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930<sup>593</sup>, com a nomeação de interventores nos Estados pelo Chefe do Governo Provisório, Getúlio Vargas. Os Prefeitos eram nomeados pelos interventores estaduais. Ou seja, havia pleno controle do Poder Central<sup>594</sup>.

Cumprindo promessa da Revolução de 1930, Vargas editou o Código Eleitoral (Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932)<sup>595</sup>, prevendo, desde maio de 1932, eleições

---

<sup>591</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 86; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 135; VIANNA, José de Segadas. *Evolução do Direito do Trabalho no Brasil*. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 55.

<sup>592</sup> Sobre o período de Vargas anterior ao Estado Novo (1930-1937), vide: GOMES, Angela Maria de Castro (Coord.). **Regionalismo e Centralização Política: Partidos e Constituinte nos Anos 30**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

<sup>593</sup> BRASIL. **Decreto n. 19.398, de 11 de Novembro de 1930**. Institue o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providencias. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19398-11-novembro-1930-517605-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 jun. 2012, 16:32:56.

<sup>594</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964)*. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 25-26.

<sup>595</sup> BRASIL. **Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932**. Código Eleitoral. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=33626>>. Acesso em: 20 jun. 2012, 16:49:00.

para a Assembleia Constituinte no dia 15 de maio do ano seguinte<sup>596</sup>.

Entretanto, mesmo assim, a oligarquia cafeeira paulista exigia a imediata reconstitucionalização do país, além de se opor aos poderes quase ilimitados do Governo Provisório e à intervenção nos Estados, arquitetando uma revolta armada. Em 09 de julho de 1932, após a morte de quatro estudantes (Martins, Miragaia, Dráusio e Camargo) deflagra a Revolução Constitucionalista, em que São Paulo teve somente o apoio de Mato Grosso e acabou sendo derrotado pouco mais de dois meses depois.

Apesar da vitória, Vargas acabou atendendo à reivindicação paulista e uma nova Constituição passou a vigorar em 1934.

### 3.2.11.3.2. Governo Constitucionalista (1934-1937)

**105.** A nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 16 de julho de 1934 inaugurou uma fase conturbada do constitucionalismo brasileiro, marcada por golpes de Estado, renúncia e suicídio de Presidentes, impedimentos, insurreições e queda de governos, encerrando na última Carta Constitucional em 1988<sup>597</sup>.

A Constituição de 1934 incorporou o espírito de Weimar, com normas de caráter social, juntamente com direitos fundamentais da pessoa humana<sup>598</sup>. Neste sentido, o Título III abrange tais direitos sob a epígrafe “Da Declaração de Direitos”, abrangendo dois capítulos, um sobre os “Direitos Políticos” e o outro acerca dos “Direitos e Garantias Individuais”, ao passo que o Título IV refere-se à “Ordem Econômica e Social”, constitucionalizando os direitos sociais, tal como haviam feito as sempre citadas Constituições Mexicana e de Weimar, sendo que os direitos trabalhistas foram contemplados pelo artigo 121 daquela Carta<sup>599</sup>.

<sup>596</sup> BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 28.

<sup>597</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 366.

<sup>598</sup> Ibid., p. 366. Para mais detalhes em relação à Constituição do Brasil de 1934, vide: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 2 v. Rio de Janeiro: Guanabara, 1937; MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**. São Paulo: Nacional, 1934; CARNEIRO, Levi. **Conferências sobre a Constituição**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936; Id. **Pela nova Constituição**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Fo., 1936.

<sup>599</sup> BRASIL. **Constituição (1934)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2012, 12:52:23.

No entanto, pouco depois de sua promulgação, a Aliança Nacional Libertadora, em 1935, promoveu a *Intentona Comunista*, revolta contra o Governo de Getúlio Vargas, com diversas reivindicações de caráter comunista. Ela fora respaldada pela Internacional Comunista (*Comintern*) e liderada por Luís Carlos Prestes, que fora tenente do Exército Brasileiro e que havia sido convertido ao comunismo. A revolta foi rapidamente reprimida pelo governo Vargas.

Em 1937 a Ação Integralista Brasileira (AIB) forjou um plano supostamente comunista para derrubar o governo, o “Plano Cohen”, e que representaria uma revolução comunista no Brasil. Getúlio Vargas aproveita-se deste fato e do apoio da classe média e dos militares e aplica um novo golpe de Estado, instaurando o Estado Novo, que vigoraria de 1937 a 1945, período caracterizado pela centralização administrativa e pelo autoritarismo.

### 3.2.11.3.3. Estado Novo

**106.** Com o golpe de Estado, Vargas instaura um período ditatorial na História do Brasil, outorgando a Carta de 1937, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (10 de novembro de 1937)<sup>600</sup>.

Por meio de seu artigo 178 o Congresso Nacional foi dissolvido e também que seriam convocadas eleições após o plebiscito previsto no artigo 187<sup>601</sup>. Porém, como já é de conhecimento, esta parte da Constituição não foi cumprida. O que houve foi uma “ditadura pura e simples do Chefe do Poder Executivo”<sup>602</sup>.

---

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (...).

<sup>600</sup> Id. **Constituição (1937)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2012, 17:04:26.

<sup>601</sup> Ibid. **Art. 178**. São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187. **Art. 187**. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.

<sup>602</sup> BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie. Op. Cit. p. 40. No mesmo sentido, vide: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 367. Para mais detalhes em relação à Constituição do Brasil de 1934, vide: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937**. 2 v. Rio de Janeiro: Pongetti,

O Estado Novo perdurou por quase oito anos, sendo que o final da Segunda Guerra Mundial precipitou seu fim. Eleições foram convocadas pela Lei Constitucional n. 09, de 28 de fevereiro de 1945. Para regulá-las promulgou-se o Decreto-lei n. 7.586, de 28 de maio de 1945, que fixava as eleições presidenciais e para o Congresso Nacional para o dia 02 de dezembro de 1945, bem como eleições estaduais para 06 de maio de 1946. Getúlio Vargas acabou sendo deposto pelas Forças Armadas e o país passou a ser governado, provisoriamente, pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, que editou a Lei Constitucional n. 13, de 12 de novembro de 1945, conferindo aos Parlamentares que fossem eleitos o poder constituinte<sup>603</sup>.

#### 3.2.11.3.4. Economia

**107.** No que concerne à economia, conforme salientado alhures, a Crise de 1929 foi deveras prejudicial ao setor cafeeiro. “A capacidade produtiva dos cafezais foi reduzida à metade, nos quinze anos que seguiram à crise”. Parte dos capitais deste setor foi transferida a outros setores agrícolas exportadores, como o algodão, cujo preço mundial havia sido mantido, a despeito da crise. Todavia, a economia acabou tendo que se voltar ao mercado interno, sendo que a produção industrial do período passara a destinar-se quase que exclusivamente a ele. Assim sendo, a queda que a produção industrial sofrera em 1929 praticamente havia desaparecido em 1933<sup>604</sup>.

Apesar de o crescimento do setor industrial normalmente depender da importação de bens de capital, e a taxa para importar bens era elevada, o recrudescimento da indústria deveu-se primordialmente a um melhor aproveitamento da capacidade então instalada no país. Exemplo disso foi o setor têxtil, cuja produção aumentou substancialmente sem que tivesse havido aumento de sua capacidade produtiva. Com isso havia maior rentabilidade e a indústria acabava tendo mais fundos necessários à sua própria expansão<sup>605</sup>.

Ainda, considerando a expansão industrial e a necessidade de modernização com a aquisição de máquinas, e, além disso, o fato de que a “depreciação cambial” desestimulava

---

1938; CAMPOS, Francisco. **O estado nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília/DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

<sup>603</sup> BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie. Op. Cit. p. 42.

<sup>604</sup> FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. Op. Cit. p. 281.

<sup>605</sup> Ibid., p. 282.

a sua importação, desenvolveu-se no país, a partir daí, uma indústria de bens de capital<sup>606</sup>.

Neste contexto,

a produção industrial cresceu em cerca de cinquenta por cento entre 1929 e 1937, e a produção primária para o mercado interno cresceu em mais de quarenta por cento no mesmo período. Dessa forma, não obstante a depressão imposta de fora, a renda nacional aumentou vinte por cento entre aqueles dois anos, o que representa um incremento per capita de sete por cento. Este aumento não é de nenhuma forma desprezível, se se tem em conta que nos EUA, no mesmo período, decresceu a renda per capita sensivelmente. Aqueles países de estrutura econômica similar à do Brasil, que seguiram uma política muito mais ortodoxa nos anos da crise, e ficaram portanto na dependência do impulso externo para recuperar-se, chegaram a 1937 com suas economias ainda em estado de depressão<sup>607</sup>.

Com o crescimento da renda, decorrente da expansão industrial, a demanda por produtos importados também tendia a aumentar. A fim de evitar desequilíbrios na balança de pagamentos, “desenvolveram-se as indústrias destinadas a substituir importações”. Em uma economia voltada às exportações de produtos primários praticamente não havia concorrência com os produtos secundários importados. O desenvolvimento da indústria trouxe a concorrência com os produtos industriais importados. Neste contexto, passaria a haver repercussões sobre a taxa de câmbio, remetendo à adoção de mecanismos econômicos voltados ao seu equilíbrio<sup>608</sup>.

Destarte, adotou-se uma política de desvalorização da moeda, para que os produtos a serem exportados tivessem preços mais competitivos, ao passo que os importados seriam mais caros, o que propiciaria o avanço da indústria de substituição de importações<sup>609</sup>.

Prosseguindo, o “fluxo de renda continuava a avolumar-se”. Isto porque o setor externo propiciava uma “massa de poder de compra” que expandia à medida que os preços internacionais elevavam-se. A massa de salários crescia<sup>610</sup>.

Este desequilíbrio acabaria sendo “resolvido” com a alta dos preços. Com isso, os

---

<sup>606</sup> Ibid., p. 283.

<sup>607</sup> Ibid., p. 285.

<sup>608</sup> Ibid., p. 287-289.

<sup>609</sup> Ibid., p. 290-291.

<sup>610</sup> Ibid., p. 296.

empresários apresentam “ganhos substanciais de capital”. Assim sendo, o desequilíbrio acabou trazendo a reboque uma “redistribuição de renda” em prol de uns grupos e de forma deletéria a outros<sup>611</sup>.

### 3.2.11.3.5. Leis da Era Vargas

**108.** Algumas leis importantes, do ponto de vista trabalhista, antecederam a Constituição de 1934, durante o denominado Governo Provisório, que vigorou entre 1930, com o golpe de Estado ou Revolução de 30, e 1934, com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 16/07/1934.

A primeira norma jurídica aqui ressaltada é o Decreto n. 19.433/1930 (26 de novembro de 1930), que criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, órgão que teria fundamental importância nas questões trabalhistas subsequentes<sup>612</sup>.

Logo a seguir, o Decreto n. 19.671-A/1931 (04 de fevereiro de 1931) reorganizou o Departamento Nacional do Trabalho, órgão que fazia parte da estrutura do Ministério do Trabalho<sup>613</sup>.

Posteriormente, o Decreto n. 19.770/1931 (19 de março de 1931) previu a pluralidade sindical, e acabou sendo recepcionado pelo artigo 120, parágrafo único, da Constituição de 1934<sup>614</sup>. Pluralidade sindical que desde 1937 não viria mais a se repetir na história do país.

Entre 1930 e 1934 foi editada farta legislação trabalhista, sobre os mais variados temas: sindicalização, reformas das Caixas de Aposentadorias e Pensões, nacionalização do trabalho, duração do trabalho, Comissões Mistas de Conciliação, Juntas de Conciliação e Julgamento, carteira profissional, convenção coletiva, trabalho de mulheres e de

<sup>611</sup> FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. Op. Cit. p. 299-300. Para uma crítica em relação a esta análise empreendida por FURTADO, vide: OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à razão dualista / O onitorrinco**. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 35-60.

<sup>612</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 87.

<sup>613</sup> Ibid., p. 87; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 57.

<sup>614</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 88; RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 31; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 44; AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 82-84; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 57; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 82-84.

menores, férias, reforma do Conselho Nacional do Trabalho, Delegacia do Trabalho Marítimo, criação dos primeiros Institutos de Previdência<sup>615</sup>.

Duas outras normatizações vieram pouco antes da nova Constituição. O Decreto n. 24.637/1934 (10 de julho de 1934) reformou a lei de acidentes do trabalho<sup>616</sup>, ao passo que o Decreto n. 24.694/1934 (12 de julho de 1934) previa a pluralidade sindical limitada a três sindicatos da mesma categoria dentro da mesma base territorial<sup>617</sup>.

Durante o chamado Governo Constitucionalista, que perdurou de 1934 (Constituição de 1934) até 1937 (início do Estado Novo), várias outras leis sociais foram editadas.

A Constituição de 1934 (16 de julho de 1934) estabeleceu, entre outros: título sobre a “Ordem Econômica e Social” (Título IV – artigos 115 a 143), com normas sobre o salário mínimo, limitação dos lucros, nacionalização das empresas, intervenção do Estado, organização sindical, limitação do direito de propriedade; representação da profissão na Câmara dos Deputados, experiência corporativa (artigo 23, §§ 3º a 9º); regulamentação das profissões (artigo 121)<sup>618 619</sup>.

Até 1937 foram aprovadas normas relativas à criação de novos institutos de previdência social e também à reforma da lei de acidentes do trabalho<sup>620</sup>.

Cabe mencionar, ainda, antes do Estado Novo, duas leis: a Lei n. 62/1935 (05 de julho de 1935), sobre rescisão do contrato de trabalho, com exceção dos rurais e domésticos<sup>621</sup>, e a Lei n. 185/1936 (14 de janeiro de 1936), acerca do salário mínimo<sup>622</sup>.

<sup>615</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 87; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 57-58.

<sup>616</sup> VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 58; MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 41.

<sup>617</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 32-33; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 48 AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 84-87; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 58.

<sup>618</sup> BRASIL. **Constituição (1934)**. Op. Cit.

<sup>619</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 88; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 136; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. V. 1. Op. Cit. p. 73-76; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 85-86.

<sup>620</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 88; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 139.

<sup>621</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 88; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In:

Com o golpe de Estado passa a vigorar o denominado Estado Novo, sob a égide de uma nova norma ápice, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.

Com ela houve o desaparecimento dos direitos sindicais e coletivos, com alguns direitos ou benefícios individuais; regime corporativo (artigos 57 e 140), sindicato único e imposto sindical (artigo 138), manutenção da Justiça do Trabalho (artigo 139); e outros direitos trabalhistas (artigo 137)<sup>623 624</sup>.

Outras leis editadas neste período foram: em 1939 (sindical); em 1940 (novo Código Penal – entrou em vigor em 1942); em 1940 (primeira tabela do salário mínimo); em 1941 (instalação da Justiça do Trabalho); regulamentação de algumas profissões; reforma da nacionalização do trabalho e da duração do trabalho<sup>625</sup>.

---

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 58.

<sup>622</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 88; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 54; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 58. Sobre a oposição dos empresários à lei do salário mínimo, vide: VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 235-240.

<sup>623</sup> BRASIL. **Constituição (1937)**. Op. Cit. Em ordem de citação: **Art. 57**. O Conselho da Economia Nacional compõe-se de representantes dos vários ramos da produção nacional designados, dentre pessoas qualificadas pela sua competência especial, pelas associações profissionais ou sindicatos reconhecidos em lei, garantida a igualdade de representação entre empregadores e empregados. **Art. 140**. A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de Poder Público. **Art. 138**. A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público. **Art. 139**. Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum. **Art. 137**. A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos (...). Este dispositivo apresenta quatorze alíneas, contemplando: reconhecimento de instrumentos normativos negociados, salário, repouso semanal, férias, sucessão de empregadores, salário mínimo, duração do trabalho, trabalho do menor, tutela do trabalho da mulher, seguros para aposentadoria, invalidez, morte e acidentes do trabalho, e funções dos sindicatos.

<sup>624</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 88-89; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 53; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 136-139; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 87-89.

<sup>625</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 89; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 53-54; AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 87-90; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 58. Sobre a lei sindical de 1939, vide, com mais detalhes: VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 223-235. Sobre a ideologia do sindicato único, vide: VIANA, Francisco José de Oliveira. **Problemas de direito corporativo**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1938. Para uma crítica acerca da posição de OLIVEIRA VIANA, dentre outros, vide: MORAES FILHO, Evaristo de. O problema do sindicato único no Brasil: seus fundamentos sociológicos. 2ª. Ed. Rev. Ampl. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.

Em relação a esta época, indubitavelmente, a mais importante norma jurídica editada, e que ainda está em vigor, foi a Consolidação das Leis do Trabalho [Decreto-lei n. 5.452/1943 (1º de maio de 1943)], ou, simplesmente, CLT, que regulamenta o contrato de trabalho, as normas relativas à tutela do trabalhador, disposições acerca da sindicalização, inspeção do trabalho, e processo do trabalho.

### 3.2.11.3.6. Ideologia do trabalhismo

**109.** Na chamada Era Vargas a “disciplinarização do trabalho”, assim considerada como a publicação de “regras claras” que deveriam regular as relações trabalhistas, bem como o estabelecimento de relações entre as leis trabalhistas e previdenciárias, era a “palavra de ordem”. Isto porque havia o desejo em Vargas de controlar politicamente as classes proletárias. De outro modo, ou seja, sem a “disciplinarização do trabalho” manifestar-se-iam problemas para o resguardo da “ordem social” e para o “progresso econômico” do Brasil<sup>626</sup>.

Apesar disto, fala-se comumente em uma *ideologia do trabalhismo*, que teria sido implantada por Getúlio Vargas, como se a legislação trabalhista no Brasil tivesse sido obra exclusiva de sua mente.

Esta *ideologia do trabalhismo*, como ideologia de Estado, há de ser desmitificada.

Nas palavras de PARANHOS:

os anos 30 constituirão o solo propício ao surgimento da ideologia do trabalhismo. Esta, evidentemente, não nasce do nada nem é uma mera ‘invenção’ do Estado. Antes de tudo, seu significado só é passível de ser apreendido se relacionado a circunstâncias históricas especialíssimas, como parte inseparável da reação de um Estado Capitalista que não podia continuar subestimando a ‘questão social’. Calcada, de um lado, na progressiva implantação da legislação social da década de 30, ela nos remete, por outro lado, à história do movimento

---

<sup>626</sup> PARANHOS, Adalberto. **O roubo da fala: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil**. 2ª. Ed. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 16-17. No mesmo sentido, vide: MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 37. Para outro estudo bem aprofundado sobre o *trabalhismo*, vide: GOMES, Angela Maria de Castro. **A invenção do trabalhismo**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. Sobre o reformismo pelo alto e a resistência operária, vide: ANTUNES, Ricardo. **Classe operária, sindicatos e partidos no Brasil: um estudo sobre a consciência de classe, da Revolução de 30 até a Aliança Nacional Libertadora**. Op. Cit. p. 72-115.

operário, da qual é, por assim dizer, um ‘eco distorcido’<sup>627</sup>.

Na verdade, as lutas de classes vigorantes no Brasil, mesmo antes do período varguista, explicitavam a necessidade de uma “resposta efetiva” por parte do Estado e das classes mais abastadas<sup>628</sup>.

Há certa tendência acadêmica no sentido de considerar o Estado como a única entidade que se volta a regular as situações sociais, como se os agentes sociais não tivessem qualquer influência sobre o impulso estatal após um período inercial. Inclina-se, assim, para um *funcionalismo de esquerda*, propugnando-se que determinados fatos ou normas são criados para preservar a dominação de classe. Neste contexto, as leis sociais do período estudado acabam sendo qualificadas como decorrentes do “utilitarismo burguês”, à mercê das “lutas de classes” e da “correlação de forças numa situação histórica particular”<sup>629</sup>.

Obviamente, a questão social passa a ser objeto de preocupação da burguesia a partir do momento em que isto a afeta. Até porque se iniciava um processo de industrialização e deveria haver normas que regulassem o trabalho industrial. Entretanto, tal fato não pode desmerecer, ou desqualificar, ou, ainda, desprezar a “presença do movimento operário” e sua “influência” no que concerne aos acontecimentos da época e também ao intervencionismo estatal que passara a se intensificar<sup>630</sup>.

Isto porque

a agitação operária que atravessou, com seus altos e baixos, a Primeira República consistiu num fator não desprezível de aprofundamento da crise do chamado ‘Estado liberal-oligárquico’. O liberalismo, mundo afora, se achava sob o jogo cruzado dos defensores dos autoritarismos e/ou ‘totalitarismos’ de todos os matizes. Em meio às revoltas tenentistas dos anos 20, à crise internacional do capitalismo dramatizada pelo *crack* de 1929, ao abalo sofrido pelo modelo agro-exportador e às cisões no interior das classes dominantes, o golpe de 1930 acabou abrindo caminho, concretamente, para uma nova configuração de Estado. Nesse cenário, não será indiferente a presença social das classes trabalhadoras das cidades com maior contingente operário. Sua ação política, notadamente as reivindicações por melhores condições de vida e trabalho, implicava, na prática, questionar o ‘não-intervencionismo estatal’. Forçava, objetivamente, o Estado a

<sup>627</sup> PARANHOS, Adalberto. **O roubo da fala**: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil. Op. Cit. p. 17.

<sup>628</sup> Ibid., p. 18.

<sup>629</sup> Ibid., p. 18-19.

<sup>630</sup> Ibid., p. 19-20.

atuar forma mais decisiva no campo da regulamentação dos fatores de produção e, por conseqüência, a ultrapassar a bitola estreita da ideologia liberal. Se considerarmos que, na década de 30, o Estado ampliou, de maneira expressiva, sua vargem de manobra diante das próprias frações das classes dominantes, teremos, então, esboçado o quadro mais geral a partir do qual ocorrerá o enfrentamento, em novos moldes, da ‘questão social’. Enfrentamento que estará colado à proposta governamental de colaboração de classes, de feição nitidamente corporativista, cujo objetivo apontava para a necessidade imperiosa de converter patrões e proletários em forças orgânicas de cooperação incorporadas ao Estado<sup>631</sup>.

Neste contexto, paralelamente à promulgação das leis sociais no governo varguista tem-se início a formação de uma *ideologia do trabalhismo*. Assim, o Estado vinha apoderar-se da “palavra operária”, assimilando-a ao gosto dos “interesses dominantes”. Há um intercâmbio entre as ideologias dominantes e dominadas. Não se pode, portanto, atribuir tão-somente à ideologia dominante a autoria em relação à ideologia do trabalhismo<sup>632</sup>.

Por todas essas razões, a ideologia do trabalhismo é a resultante da confluência de distintas influências e perspectivas de classe. E não o produto do mero cálculo interesseiro, plenamente intencional, dos agentes do Estado ou da burguesia brasileira. É possível identificar nela as impressões congênitas deixadas pelas lutas das classes trabalhadoras. Nem por isso podemos desconsiderar que, em última análise, ela é uma fala roubada aos trabalhadores, reformulada e a eles devolvida como um mito<sup>633</sup>.

De qualquer forma, não se pode afastar completamente o papel de Vargas e do seu populismo no que concerne à *ideologia do trabalhismo*. Até porque a legislação trabalhista editada durante a Era Vargas foi extensa [inclusive, parte dela vigora até os dias atuais], atendendo aos interesses da classe trabalhadora, conquanto estivesse coadunado com uma “estratégia geral que fugia aos propósitos de amplos setores do movimento operário”. Assim, o “populismo” era ambíguo: se, por um lado, manipulava as massas, por outro,

---

<sup>631</sup> Ibid., p. 20-21.

<sup>632</sup> Ibid., p. 21-22.

<sup>633</sup> Ibid., p. 22-23.

expressava suas insatisfações<sup>634</sup>.

Ademais, a política trabalhista de Vargas serviu como um arrefecedor da luta de classes, reforçando a “estratégia de tentar apagar da memória política dos trabalhadores” o papel por eles exercido no passado, com as lutas por reconhecimento de direitos<sup>635</sup>, que, inclusive, acabaram sendo estabelecidos mesmo antes do período varguista, como já visto anteriormente. Com isso, alimenta-se a “incapacidade política” da classe proletária, propiciando ao governante de então torná-la “massa de manobra” para a implantação de determinados projetos políticos e econômicos<sup>636</sup>.

Prosseguindo, a “legislação sindical” de Vargas assegurava o controle político da classe trabalhadora, inibindo a autonomia das entidades sindicais. Alguns direitos trabalhistas ficavam na dependência da condição de sindicalizado do trabalhador, como era o caso do direito de férias<sup>637</sup>. Havia, igualmente, uma propaganda oficial em torno da “concessão” de direitos trabalhistas, disseminando-se a imagem do Estado como “Estado-pai” e de Getúlio Vargas como “pai dos pobres”, o que atendia ao objetivo de subordinar politicamente a classe operária<sup>638</sup>.

Verifica-se, então, que a *ideologia do trabalhismo* forjou um mecanismo de fazer parecer que a legislação trabalhista foi uma dádiva estatal, esquecendo-se de que, na verdade, ela decorreu de lutas de classes, até porque mesmo antes do período de Vargas foram editadas diversas leis sociais, conforme sublinhado outrora<sup>639</sup>.

---

<sup>634</sup> Ibid., p. 24.

<sup>635</sup> Ibid., p. 24-25.

<sup>636</sup> Ibid., p. 25-26.

<sup>637</sup> BRASIL. **Decreto n. 23.768, de 18 de janeiro de 1934**. Regula a concessão de férias aos empregados na indústria sindicalizados. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=30642&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 21 jun. 2012, 15:41:33. Art. 4º. O direito às férias é adquirido depois de doze meses de trabalho no mesmo estabelecimento ou empresa, consoante o art. 8º, e exclusivamente assegurado aos empregados que forem associados de sindicato de classe reconhecidos pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

<sup>638</sup> PARANHOS, Adalberto. **O roubo da fala**: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil. Op. Cit. p. 26-27. Para uma análise detalhada sobre a forma de controle exercida pelo Ministério do Trabalho em relação aos sindicatos, vide: MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 50-71.

<sup>639</sup> Para mais detalhes em relação à mitificação do *trabalhismo* e suas consequências, vide: PARANHOS, Adalberto. **O roubo da fala**: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil. Op. Cit. p. 41-214. Sobre a tentativa do regime varguista de parecer um Estado *benefactor*, vide: VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 87-152; ANTUNES, Ricardo. **O continente do labor**. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 82-83; GOMES, Angela Maria de Castro. **Burguesia e trabalho**: política e legislação social no Brasil 1917-1937. Op. Cit. p. 23-52. Para uma crítica ao mito da legislação trabalhista como tendo sido uma dádiva do governo de Vargas, vide: BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie. Op. Cit. p. 48-54. Vide, ainda: PINHEIRO, Paulo Sérgio.

### 3.2.11.4. Segunda República

#### 3.2.11.4.1. 1946-1964

**110.** O período que segue à Era Vargas é conhecido como Segunda República, indo de 1946, o que remonta à nova ordem constitucional e ao novo Presidente da República eleito, o general Eurico Gaspar Dutra, até 1964, com a queda de João Goulart por meio de um golpe de Estado que instaurou por mais de vinte anos o regime militar no Brasil.

Neste intervalo de tempo o sindicato assumiu uma feição moldada ao “populismo”, encampando a ideologia nacionalista, com “ênfase no desenvolvimento baseado na solidariedade e paz social”. Houve, então, uma aliança entre a “esquerda” e o “governo populista” de Getúlio Vargas e depois de João Goulart, fatos que marcaram a atuação sindical desta época<sup>640</sup>.

Nas eleições realizadas o candidato vencedor foi o general Eurico Gaspar Dutra, dando seguimento ao projeto de industrialização do país iniciado no período de Vargas.

Dutra governou o país de 1946 a 1951, e neste período foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, destacando-se os Títulos IV (Declaração de Direitos) e V (Ordem Econômica e Social). O Capítulo I do Título IV apresentava os direitos de nacionalidade e de cidadania (artigos 129 a 140), ao passo que o Capítulo II estabelecia os direitos e garantias individuais (artigos 141 a 144), todos direitos ditos de primeira dimensão. Já o Título V dispunha sobre os direitos chamados de segunda dimensão, preconizando a intervenção do Estado na ordem econômica e social (artigos 145 a 162), sendo que os direitos trabalhistas e previdenciários encontravam-se nos artigos 157 a 159<sup>641</sup>.

---

Trabalho Industrial no Brasil: uma Revisão. In: **Estudos CEBRAP**. N. 14. São Paulo: outubro/novembro/dezembro de 1975. p. 120-131. Disponível em: <[http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca\\_virtual/trabalho\\_industrial\\_no\\_brasil.pdf](http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/trabalho_industrial_no_brasil.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2012, 10:15:07; VIANNA, Luiz Werneck. Sistema Liberal e Direito do Trabalho. In: **Estudos CEBRAP**. N. 7. São Paulo: janeiro/fevereiro/março de 1974. p. 114-149. Disponível em: <[http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca\\_virtual/sistema\\_liberal\\_e\\_direito.pdf](http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/sistema_liberal_e_direito.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2012, 10:22:58.

<sup>640</sup> MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 78-79. Vide, também, sobre este período: WEFFORT, Francisco C. Origens do Sindicalismo Populista no Brasil (A Conjuntura do Após-Guerra). In: **Estudos CEBRAP**. N. 04. São Paulo: abril/maio/junho de 1973. p. 65-105. Disponível em: <[http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca\\_virtual/origens\\_do\\_sindicalismo\\_populista.pdf](http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/origens_do_sindicalismo_populista.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2012, 12:12:56.

<sup>641</sup> BRASIL. **Constituição (1946)**. Op. Cit. Para mais detalhes em relação à Constituição do Brasil de 1946,

Em 1951 o país voltou a ser governado por Getúlio Vargas, agora, mediante eleição vencida. Inicia-se, então, um período nacionalista e populista na política brasileira, tendo sido criada a Petrobrás (Petróleo Brasileiro S/A) em 1953. Este governo de Vargas tinha uma postura estatizante, de que a própria criação da Petrobrás é uma prova, o que não vinha agradando certos setores representantes de capital internacional e da burguesia nacional.

Nesse ínterim, Jânio Quadros vence as eleições em São Paulo, sem o respaldo de grandes partidos. Getúlio nomeia para o Ministério da Fazenda Osvaldo Aranha e para a pasta do Trabalho o jovem João Goulart, que passou a fazer alianças com o setor operário em substituição à política populista de Vargas.

Todavia, o governo não tinha apoio da população e não conseguia mudar o rumo das coisas. Pressionado, Getúlio Vargas cometeu suicídio em 24 de agosto de 1954. O então vice-presidente Café Filho dirigiu o país até a eleição presidencial seguinte.

O próximo Presidente da República seria Juscelino Kubitschek que, com o lema “cinquenta anos em cinco”, instrumentalizado no “Plano de Metas”, governou o país de 1956 a 1961, pregando uma política “desenvolvimentista” com foco na industrialização. Investiu na interiorização e integração do Brasil por meio da construção de rodovias e ferrovias, além da construção de Brasília, que passou a ser a capital do país a partir de 1960. Ainda, com o fito de atenuar as desigualdades regionais foi criada a SUDENE – Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste. Foram instaladas indústrias multinacionais de bens de produção e de consumo duráveis, destacando-se as automobilísticas.

Prosseguindo, Jânio Quadros, que havia sido Prefeito e Governador de São Paulo, acabou sendo eleito em 1960 para iniciar o governo no ano seguinte. Seu curto governo, que vigorou por menos de sete meses, foi marcado por algumas medidas controversas, como o restabelecimento de relações com a URSS e a China, a condecoração de Ernesto Che Guevara, herói da Revolução Comunista em Cuba, que levaram à oposição de certos setores que o acusavam de tentar levar o Brasil ao comunismo. Pressionado, renunciou.

João Goulart, ou simplesmente Jango, que era o então Vice-Presidente da República assumiu o governo em um período conturbado. Jango havia sido Ministro do

---

vide: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2ª. Ed. Rev. Ampl. 5 v. São Paulo: Max Limonad, 1953; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **A Constituição Federal Comentada**. 2ª. Ed. Rev. Ampl. 4 v. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1951-53; ESPÍNOLA, Eduardo. **A Nova Constituição do Brasil: direito político e constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946; MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. 5ª. Ed. 3 v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

Trabalho de Vargas e quando da renúncia de Jânio Quadros ele estava em viagem à China, país comunista, o que atraía desconfiança dos setores conservadores. A solução adotada foi a implantação do Parlamentarismo no Brasil, sendo que Tancredo Neves foi nomeado como Primeiro-Ministro. Um plebiscito foi realizado para a escolha do sistema de governo no país e o parlamentarismo foi derrotado, voltando o Presidencialismo, e Jango recuperou a chefia de governo.

Seu governo apoiar-se-ia em parte da população e nos movimentos sindicais e proporia reformas de base e agrárias, além de limitações aos investimentos estrangeiros. A reação veio e, em 1964, João Goulart foi derrubado por um golpe de Estado, iniciando-se a Ditadura Militar.

#### 3.2.11.4.2. Economia

**111.** O período posterior à Segunda Guerra Mundial foi de crescimento econômico no país, com uma mescla de política cambial e controle seletivo das importações. O ímpeto do consumidor por importações aumentava à medida que a renda crescia. A indústria nacional temia a competição com o produto estrangeiro. Havia duas alternativas: desvalorizar a moeda, para que o produto importado entrasse no país com preço mais alto, ou fazer um controle seletivo das importações. Optou-se pela segunda e com isto os produtos importados chegavam ao Brasil com preços não competitivos, e, por outro lado, a importação de bens de capital não sofria taxas, possibilitando o desenvolvimento da indústria nacional<sup>642</sup>.

A política cambial e o controle seletivo das importações propiciaram, como visto antanho, o crescimento industrial, mas, em contrapartida, geraram um processo inflacionário. Sem a concorrência externa os produtos nacionais tiveram seus preços aumentados favorecendo a apropriação pelos empresários do aumento da produtividade econômica. O custo de vida aumentou acentuadamente, o que propiciou a transferência de renda do setor consumidor para o exportador<sup>643</sup>.

E a acumulação capitalista será intensificada no período de Juscelino Kubitschek, com o seu “Plano de Metas”. Alguns setores industriais passaram a ser estratégicos para o governo: automobilístico, construção naval, mecânica pesada, papel e celulose, cimento,

---

<sup>642</sup> FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. Op. Cit. p. 304-311.

<sup>643</sup> Ibid., p. 312-323.

siderurgia. O Estado avançou seu programa de infraestrutura, com a construção de rodovias (Belém-Brasília, por exemplo), de forma a viabilizar a “fronteira agrícola” e outras obras, como a construção de Brasília. Com uma estrutura fiscal primitiva e regressiva o Estado passou a acumular dívida interna e, considerando a situação externa então vigente, não se conseguia financiamento de outros países, recorrendo-se a empréstimos de empresas privadas estrangeiras, com prazos curtos e pressionando a balança de pagamentos. Ademais, outro ponto fundamental para o processo de acumulação capitalista no Brasil foi o “aumento da taxa de exploração da força de trabalho”, tendo-se à vista a expressiva diferença entre a produtividade real e os salários então pagos. Neste contexto, por exemplo, entre 1944 e 1951 o poder aquisitivo do salário mínimo foi reduzido pela metade, de 1952 a 1957 houve alternância entre recuperações e declínios, e entre 1958 e 1964 somente em 1961 houve aumento, nos demais anos o poder de compra foi deteriorado<sup>644</sup>.

Por outro lado, a Constituição de 1946 previa a “intervenção estatal na economia” de forma a buscar a correção dos “desequilíbrios” ocasionados pela economia capitalista, além de voltar-se ao planejamento do desenvolvimento, sobretudo regional, consagrando instrumentos para a “superação das desigualdades regionais”<sup>645</sup>.

Logo, sob a vigência desta Carta é que a doutrina desenvolvimentista encabeçada pela CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina passou a ser vista como útil para a elaboração das políticas econômicas no Brasil. O Estado passaria a ser visto como promotor do desenvolvimento, coordenando este processo por meio do planejamento, “dando ênfase à integração do mercado interno e à internalização dos centros de decisão econômica, bem como o reformismo social, característicos do discurso cepalino, foram plenamente incorporados pelos nacional-desenvolvimentistas brasileiros”<sup>646</sup>.

O Estado, então, passa a adotar o “pensamento social reformador”, sobretudo a partir da década de 1960, momento em que o desenvolvimento adquiriu uma feição reformista. Segundo esta proposta, encampada pela CEPAL, caberia à América Latina promover rapidamente o desenvolvimento econômico, além de “redistribuir renda” para a população. O desenvolvimento econômico e o social seriam interdependentes e deveriam vir juntos. Transformar a estrutura social, por exemplo, por meio da reforma agrária, era

---

<sup>644</sup> OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à razão dualista / O ornitorrinco**. Op. Cit. p. 71-78.

<sup>645</sup> BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 43.

<sup>646</sup> *Ibid.*, p. 45.

tido como uma necessidade no contexto desenvolvimentista<sup>647</sup>.

Aliás, a reforma agrária passou a ser tema recorrente na política brasileira desde a redemocratização. Isto porque a Constituição de 1946 previa em dois dispositivos a função social da propriedade e a desapropriação por necessidade ou utilidade pública<sup>648</sup>. O então Presidente da República, Getúlio Vargas, propôs a reforma agrária por meio da ação estatal, enviando ao Congresso Nacional projeto de lei de regulamentação do artigo 147 da Carta Magna então vigente. O projeto somente foi aprovado durante o governo de João Goulart, por pressão deste mesmo, tornando-se a Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962<sup>649</sup>, que ainda está em vigor. No mesmo governo foi aprovada a Lei n. 4.214, de 02 de março de 1963<sup>650</sup>, o Estatuto do Trabalhador Rural. No mesmo contexto, foi criada a SUPRA (Superintendência para Reforma Agrária), autarquia que era ligada à Presidência da República e que tinha a incumbência de criar as condições institucionais para a execução da reforma agrária. Além disso, o Decreto n. 53.700, de 13 de março de 1964, assinado por João Goulart, declarava como de interesse social para efeito de desapropriação, no que concerne ao mencionado artigo 147 da Constituição Federal e à citada Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, as áreas rurais compreendidas em um raio de 10 (dez) quilômetros dos eixos das rodovias e ferrovias federais, e as terras beneficiadas ou recuperadas por investimentos exclusivos da União em obras de irrigação, drenagem e açudagem. Com todas estas medidas o então Presidente Jango unificou contra si todas as classes de proprietários de terras impulsionando o golpe de Estado que viria alguns dias depois<sup>651</sup>.

---

<sup>647</sup> Ibid., p. 46.

<sup>648</sup> BRASIL. **Constituição (1946)**. Op. Cit. **Art. 141**. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. **Art. 147**. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

<sup>649</sup> Id. **Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962**. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14132.htm)>. Acesso em: 25 jun.. 2012, 09:41:14.

<sup>650</sup> Id. **Lei n. 4.214, de 02 de março de 1963**. Estatuto do Trabalhador Rural. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4214-2-marco-1963-353992-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 25 jun.. 2012, 09:45:09.

<sup>651</sup> BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 46-48.

### 3.2.11.4.3. Leis sociais

**112.** A Constituição de 18 de setembro de 1946 trouxe de volta a democracia no Brasil, destacando-se, para os efeitos deste estudo, os seguintes temas: Direito do trabalho (artigo 5º, inciso XV, alínea a); previdência social (artigo 157); Justiça do Trabalho como órgão do Poder Judiciário – antes era do Executivo (artigo 94, inciso V); organização e competência da Justiça do Trabalho (artigos 122 e 123, § 1º); poder normativo (artigo 123, § 2º); inclusão do Ministério Público do Trabalho no Ministério Público da União (artigos 125 a 127); os mais diversos direitos trabalhistas constam do artigo 157 (salário mínimo familiar; duração do trabalho; participação nos lucros; proibição do trabalho noturno ao menor; nacionalização do trabalho; estabilidade para os trabalhadores rurais e assistência aos desamparados); direito de greve (artigo 158)<sup>652</sup>.

Prosseguindo, a Lei n. 605 (05 de janeiro de 1949) e o Decreto n. 27.048/1949 (12 de agosto de 1949) estabeleceram o direito ao repouso semanal remunerado, dando concretude ao inciso VI do artigo 157 da Constituição<sup>653</sup>.

Já a Lei n. 2.757/1956 (23 de abril de 1956) determinou que os empregados de prédios e apartamentos passassem a ser regulados pela CLT, eis que anteriormente eles eram considerados domésticos<sup>654</sup>.

Antes do início do regime militar cabe mencionar ainda mais quatro normas jurídicas editadas: em 1960, a Lei n. 3.807 (26 de agosto de 1960) e o Decreto n. 48.959-A (19 de setembro de 1960) organizaram a Previdência Social<sup>655</sup>; a Lei n. 4.066/1962 (28 de maio de 1962), prevendo o recibo na rescisão do contrato de trabalho<sup>656</sup>; a outrora sublinhada Lei n. 4.214/1963 (02 de março de 1963), mais conhecida como Estatuto do Trabalhador Rural<sup>657</sup>; e, enfim, a Lei n. 4.266/1963 (03 de outubro de 1963), sobre o

<sup>652</sup> BRASIL. **Constituição (1946)**. Op. Cit. MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 91; MARTINS, Milton. **Sindicalismo e Relações Trabalhistas**. Op. Cit. p. 60; VIANNA, José de Segadas. *Evolução do Direito do Trabalho no Brasil*. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. Op. Cit. p. 76-77; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 90-91.

<sup>653</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 92.

<sup>654</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>655</sup> Ibid., p. 92; CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 142-144.

<sup>656</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 92.

<sup>657</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 92; AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 120.

salário-família<sup>658</sup>.

### 3.2.11.5. Regime militar

#### 3.2.11.5.1. 1964-1985

**113.** Após o golpe de Estado tem início o regime militar, que vigoraria no país por mais de vinte anos. O primeiro Presidente da República deste período foi Humberto de Alencar Castelo Branco, com um governo que perdurou de 1964 a 1967. Durante seu governo foram editados três Atos Institucionais (o primeiro foi elaborado pouco antes de sua posse), já que ainda estava em vigor a Constituição democrática de 1946. Os Atos Institucionais foram a forma encontrada para possibilitar um governo ditatorial havendo, ainda, naquele momento, uma constituição democrática em vigência.

O Ato Institucional n. 01, de 09 de abril de 1964, modificava a Constituição do Brasil de 1946 quanto à eleição, que passaria a ser feita mediante votação pelo Congresso Nacional ao mandato e aos poderes do Presidente da República; conferia aos Comandantes-em-chefe das Forças Armadas o poder de suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos, tendo sido excluída a apreciação judicial desses atos<sup>659</sup>.

O Ato Institucional n. 02, de 27 de outubro de 1965, também modificava a Constituição do Brasil de 1946 quanto ao processo legislativo, às eleições, aos poderes do Presidente da República, à organização dos três Poderes; suspendia garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, estabilidade e a de exercício em funções por tempo certo; excluía da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; extinguiu os partidos políticos então existentes<sup>660</sup>.

---

<sup>658</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 92.

<sup>659</sup> BRASIL. **Constituição (1946)**. Ato Institucional n. 01, de 09 de abril de 1964. Modifica a Constituição do Brasil de 1946 quanto à eleição, ao mandato e aos poderes do Presidente da República; confere aos Comandantes-em-chefe das Forças Armadas o poder de suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos, excluída a apreciação judicial desses atos; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=1&tipo\\_norma=AIT&data=19640409&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=1&tipo_norma=AIT&data=19640409&link=s)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 09:55:25.

<sup>660</sup> Ibid., Ato Institucional n. 02, de 27 de outubro de 1965. Modifica a Constituição do Brasil de 1946 quanto ao processo legislativo, às eleições, aos poderes do Presidente da República, à organização dos três Poderes; suspende garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, estabilidade e a de exercício em funções por tempo certo; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=2&tipo\\_norma=AIT&data=19651027&](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=2&tipo_norma=AIT&data=19651027&)>

O Ato Institucional n. 03, de 05 de fevereiro de 1966, dispunha sobre eleições indiretas nacionais, estaduais e municipais; permitia que Senadores e Deputados Federais ou Estaduais, com prévia licença, exercessem o cargo de Prefeito de capital de Estado; excluía da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes<sup>661</sup>.

O último Ato Institucional do período Castelo Branco foi o de n. 04, editado em 12 de dezembro de 1966, convocando o Congresso Nacional para discussão, votação e promulgação do Projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, o que desembocaria na Constituição de 1967<sup>662</sup>.

Em 24 de janeiro de 1967 foi editada a Constituição da República Federativa do Brasil, sendo que no Título II ela tratava da “Declaração de Direitos” e no terceiro, da “Ordem Econômica e Social”, contendo disposições trabalhistas nos artigos 158 e 159<sup>663</sup>. Esta Constituição tinha caráter semiautoritário e vigorou por pouco tempo, porquanto os Atos Institucionais posteriores a alteraram em vários dispositivos, além da Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969, que modificou substancialmente a Constituição então vigente, a ponto de doutrinadores afirmarem que esta Emenda tratou-se, materialmente falando, de uma nova ordem constitucional e não de uma mera modificação da anterior<sup>664</sup>.

Como sublinhado anteriormente, entre a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 01 de 1969 foram editados vários Atos Institucionais. Na verdade, foram exatamente 13 (treze) Atos Institucionais, sendo que, no total do regime militar foram publicados 17 (dezesete) atos normativos desta natureza. Ou seja, quatro Atos

link=s>. Acesso em: 26 jun. 2012, 10:03:34.

<sup>661</sup> Ibid., Ato Institucional n. 03, de 05 de fevereiro de 1966. Dispõe sobre eleições indiretas nacionais, estaduais e municipais; permite que Senadores e Deputados Federais ou Estaduais, com prévia licença, exerçam o cargo de Prefeito de capital de Estado; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=3&tipo\\_norma=AIT&data=19660205&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=3&tipo_norma=AIT&data=19660205&link=s)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 10:08:22.

<sup>662</sup> Ibid., Ato Institucional n. 04, de 12 de dezembro de 1966. Convoca o Congresso Nacional para discussão, votação e promulgação do Projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República e dá outras providências. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4&tipo\\_norma=AIT&data=19661207&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4&tipo_norma=AIT&data=19661207&link=s)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 10:10:45.

<sup>663</sup> Id. **Constituição (1967)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 10:25:01.

<sup>664</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 367. Para mais detalhes em relação à Constituição Federal de 1967, vide: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 6 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967; MAGALHÃES, Roberto Barcelos de. **A Constituição Federal de 1967 Comentada**. 2 v. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

Institucionais anteriores à Constituição de 1967 e os demais entre esta e a Emenda Constitucional de 1969.

Dos treze Atos Institucionais seguintes, sete foram formulados no governo do Marechal Artur da Costa e Silva, que foi Presidente da República de 15 de março de 1967 até 31 de agosto de 1969, quando faleceu. Dentre eles, o mais conhecido e temido foi o Ato Institucional n. 05, de 13 de dezembro de 1968, que suspendia a garantia do *habeas corpus* para determinados crimes; dispunha sobre os poderes do Presidente da República de decretar: estado de sítio, nos casos previstos na Constituição Federal de 1967; intervenção federal, sem os limites constitucionais; suspensão de direitos políticos e restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado; cassação de mandatos eletivos; recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores; excluía da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes<sup>665</sup>.

Os demais Atos Institucionais editados durante o governo de Costa e Silva foram: n. 06, de 1º de fevereiro de 1969 (alterava as redações dos artigos 113, 114 e 122 da Constituição Federal de 1967; ratificava as Emendas Constitucionais feitas por Atos Complementares subsequentes ao Ato Institucional n. 05; excluía da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes)<sup>666</sup>; n. 07, de 26 de fevereiro de 1969 (estabelecia normas sobre remuneração de Deputados Estaduais e Vereadores; dispunha sobre casos de vacância de cargos de Prefeito e Vice-Prefeito; suspendia quaisquer eleições parciais para cargos executivos ou legislativos da União, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios; excluía da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes)<sup>667</sup>; n. 08, de 02 de abril de

<sup>665</sup> BRASIL. **Constituição (1967)**. Ato Institucional n. 05, de 13 de dezembro de 1968. Suspende a garantia do *habeas corpus* para determinados crimes; dispõe sobre os poderes do Presidente da República de decretar: estado de sítio, nos casos previstos na Constituição Federal de 1967; intervenção federal, sem os limites constitucionais; suspensão de direitos políticos e restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado; cassação de mandatos eletivos; recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=5&tipo\\_norma=AIT&data=19681213&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=5&tipo_norma=AIT&data=19681213&link=s)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 10:54:30.

<sup>666</sup> Ibid., Ato Institucional n. 06, de 1º de fevereiro de 1969. Dá nova redação aos artigos 113, 114 e 122 da Constituição Federal de 1967; ratifica as Emendas Constitucionais feitas por Atos Complementares subsequentes ao Ato Institucional nº 5; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=6&tipo\\_norma=AIT&data=19690201&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=6&tipo_norma=AIT&data=19690201&link=s)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 10:57:00.

<sup>667</sup> Ibid., Ato Institucional n. 07, de 26 de fevereiro de 1969. Estabelece normas sobre remuneração de Deputados Estaduais e Vereadores; dispõe sobre casos de vacância de cargos de Prefeito e Vice-Prefeito; suspende quaisquer eleições parciais para cargos executivos ou legislativos da União, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos

1969 (atribuía competência para realizar Reforma Administrativa ao Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de população superior a duzentos mil habitantes) <sup>668</sup>; n. 09, de 25 de abril de 1969 (alterava a redação do artigo 157 da Constituição Federal de 1967, que dispunha sobre desapropriação de imóveis e territórios rurais) <sup>669</sup>; n. 10, de 16 de maio de 1969 (dispunha sobre as consequências da suspensão dos direitos políticos e da cassação dos mandatos eletivos federais, estaduais e municipais) <sup>670</sup>; e, enfim, o de n. 11, de 14 de agosto de 1969 (dispunha sobre o tempo de mandato dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores e sobre as eleições para esses cargos no dia 30 de novembro de 1969; extinguiu a Justiça da Paz eletiva; excluía da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes) <sup>671</sup>.

Pouco antes da morte de Costa e Silva, quando ele apresentara sintomas de trombose cerebral uma junta militar, composta pelo alto comando das Forças Armadas, reuniu-se e preparou o Ato Institucional n. 12, que acabaria sendo publicado em 1º de setembro de 1969 e que impedia o então Vice-Presidente da República, Pedro Aleixo de assumir a Presidência, contrariamente à Constituição de 1967. O artigo 1º desta norma jurídica dispunha:

Enquanto durar o impedimento temporário do Presidente da República, Marechal Arthur da Costa e Silva, por motivo de saúde, as suas *funções serão exercidas pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar* nos

---

Complementares decorrentes; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=7&tipo\\_norma=AIT&data=19690226&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=7&tipo_norma=AIT&data=19690226&link=s)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 11:00:15.

<sup>668</sup> Ibid., Ato Institucional n. 08, de 02 de abril de 1969. Atribui competência para realizar Reforma Administrativa ao Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de população superior a duzentos mil habitantes; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=8&tipo\\_norma=AIT&data=19690402&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=8&tipo_norma=AIT&data=19690402&link=s)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 11:02:23.

<sup>669</sup> Ibid., Ato Institucional n. 09, de 25 de abril de 1969. Dá nova redação ao artigo 157 da Constituição Federal de 1967, que dispõe sobre desapropriação de imóveis e territórios rurais. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=9&tipo\\_norma=AIT&data=19690425&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=9&tipo_norma=AIT&data=19690425&link=s)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 11:05:34.

<sup>670</sup> Ibid., Ato Institucional n. 10, de 16 de maio de 1969. Dispõe sobre as consequências da suspensão dos direitos políticos e da cassação dos mandatos eletivos federais, estaduais e municipais; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=10&tipo\\_norma=AIT&data=19690516&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=10&tipo_norma=AIT&data=19690516&link=s)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 11:06:56.

<sup>671</sup> Ibid., Ato Institucional n. 11, de 14 de agosto de 1969. Dispõe sobre o tempo de mandato dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores e sobre as eleições para esses cargos no dia 30 de novembro de 1969; extingue a Justiça da Paz eletiva; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=11&tipo\\_norma=AIT&data=19690814&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=11&tipo_norma=AIT&data=19690814&link=s)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 11:09:04.

termos dos Atos Institucionais e Complementares, bem como da Constituição de 24 de janeiro de 1967 (itálicos não originais)<sup>672</sup>.

Aliás, os Atos Institucionais seguintes foram editados pela Junta Governativa: n. 13, de 05 de setembro de 1969 (dispunha sobre o banimento do território nacional de brasileiro inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar; excluía da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes)<sup>673</sup>; n. 14, também de 05 de setembro de 1969 (alterava a redação do artigo 15, § 11 da Constituição Federal de 1967; garantia a vigência de Atos Institucionais, Atos Complementares, leis, decretos-leis, decretos e regulamentos que dispõem sobre o confisco de bens em casos de enriquecimento ilícito; excluía da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes)<sup>674</sup>. Ressalte-se que estes dois Atos Institucionais foram editados como forma de reação ao sequestro do embaixador norte-americano Charles Burke Elbrick.

A seguir vieram os atos de n. 15, de 11 de setembro de 1969 (modificava a redação do artigo 1º do Ato Institucional nº 11, de 14 de agosto de 1969, que dispunha sobre as eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores dos Municípios; excluía da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes)<sup>675</sup>; n. 16, de 14 de outubro de 1969 (declarava a vacância dos cargos de Presidente e Vice-

---

<sup>672</sup> Ibid., Ato Institucional n. 12, de 1º de setembro de 1969. Confere aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar as funções exercidas pelo Presidente da República, Marechal Arthur da Costa e Silva, enquanto durar sua enfermidade; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=12&tipo\\_norma=AIT&data=19690831&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=12&tipo_norma=AIT&data=19690831&link=s)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 11:20:37.

<sup>673</sup> Ibid., Ato Institucional n. 13, de 05 de setembro de 1969. Dispõe sobre o banimento do território nacional de brasileiro inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=13&tipo\\_norma=AIT&data=19690905&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=13&tipo_norma=AIT&data=19690905&link=s)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 11:31:29.

<sup>674</sup> Ibid., Ato Institucional n. 14, de 05 de setembro de 1969. Dá nova redação ao artigo 15, § 11 da Constituição Federal de 1967; garante a vigência de Atos Institucionais, Atos Complementares, leis, decretos-leis, decretos e regulamentos que dispõem sobre o confisco de bens em casos de enriquecimento ilícito; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=14&tipo\\_norma=AIT&data=19690905&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=14&tipo_norma=AIT&data=19690905&link=s)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 11:32:58.

<sup>675</sup> Ibid., Ato Institucional n. 15, de 11 de setembro de 1969. Dá nova redação ao artigo 1º do Ato Institucional nº 11, de 14 de agosto de 1969, que dispõe sobre as eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores dos Municípios; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=15&tipo\\_norma=AIT&data=19690909](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=15&tipo_norma=AIT&data=19690909)>

Presidente da República; dispunha sobre eleições e período de mandato para esses cargos; conferia a Chefia do Poder Executivo aos Ministros militares enquanto durasse a vacância; excluía da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes)<sup>676</sup>; e, por fim, o de n. 17, igualmente de 14 de outubro de 1969 (conferia ao Presidente da República poderes para transferir para reserva, por período determinado, militares que haviam atentado ou que viessem a atentar contra a coesão das Forças Armadas, sem restrição às atividades civis e à percepção de vencimentos e vantagens; excluía da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes)<sup>677</sup>.

Prosseguindo, a Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969, modificou completamente a Constituição de 1967, sendo considerada por muitos autores como uma verdadeira constituição (ao menos, em sentido material). Também era estruturada com, entre outros, o Título II ela tratava da “Declaração de Direitos” e terceiro, da “Ordem Econômica e Social”, que continha disposições trabalhistas nos artigos 165 e 166<sup>678</sup>. Esta Constituição tinha caráter autoritário e vigorou até a atual Constituição de 1988<sup>679</sup>.

Em 30 de outubro de 1969 assumiu a Presidência da República o então general Emílio Garrastazu Médici, tendo dado seguimento à estratégia de repressão política iniciada no governo anterior. Médici foi presidente entre 1969 e 1974, quando foi sucedido por Geisel. O período em que comandou o país ficou conhecido “milagre brasileiro” devido ao grande crescimento econômico havido, além de obras faraônicas como rodovias

&link=s>. Acesso em: 26 jun. 2012, 11:33:40.

<sup>676</sup> Ibid., Ato Institucional n. 16, de 14 de setembro de 1969. Declara vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República; dispõe sobre eleições e período de mandato para esses cargos; confere a Chefia do Poder Executivo aos Ministros militares enquanto durar a vacância; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=16&tipo\\_norma=AIT&data=19691014](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=16&tipo_norma=AIT&data=19691014)&link=s>. Acesso em: 26 jun. 2012, 11:34:54.

<sup>677</sup> Ibid., Ato Institucional n. 17, de 14 de setembro de 1969. Confere ao Presidente da República poderes para transferir para reserva, por período determinado, militares que hajam atentado ou venham a atentar contra a coesão das Forças Armadas, sem restrição às atividades civis e à percepção de vencimentos e vantagens; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=17&tipo\\_norma=AIT&data=19691014](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=17&tipo_norma=AIT&data=19691014)&link=s>. Acesso em: 26 jun. 2012, 11:35:38.

<sup>678</sup> Ibid., Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2012, 12:12:09.

<sup>679</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 367. Para mais detalhes em relação à Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 01 de 1969, vide: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969**. 2ª. Ed. Rev. 6 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição de 1967: emenda constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. 3 v. São Paulo: Saraiva, 1972.

ligando Cuiabá/MT a Santarém/PA, a Transamazônica e a Ponte Rio-Niterói.

Entre 1974 e 1978 o Brasil foi governado pelo Presidente Ernesto Beckmann Geisel, marcado pelo início da abertura política, com a revogação do Ato Institucional n. 05, de 13 de dezembro de 1968, o reatamento de relações diplomáticas com a China, além de outros fatos, como a divisão do Mato Grosso e a criação do Mato Grosso do Sul, acordos nucleares com a então Alemanha Ocidental, e parte da construção da Hidrelétrica de Itaipu.

A Geisel seguiu-se João Baptista de Oliveira Figueiredo, o último Presidente da República do período militar, tendo governado o país entre 1979 e 1985 e deu continuidade ao processo de abertura política do seu antecessor. Foi aprovada anistia ampla e irrestrita aos direitos políticos cassados com base nos Atos Institucionais, tendo sido criados vários partidos, entre eles, o PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), que substituiu o MDB, então oposição ao regime militar, o PDS (Partido Democrático Social), em lugar da ARENA, que se constituía na base de sustentação do regime então vigente, e o PT (Partido dos Trabalhadores), fundado em 1980.

Em 1985 foi eleito indiretamente Tancredo de Almeida Neves, que, antes mesmo de tomar posse, faleceu, dando lugar ao então vice-presidente, José Ribamar Ferreira Araújo da Costa Sarney, que foi o primeiro Presidente da República no período da denominada Nova República. Durante seu governo foi promulgada a atual e democrática Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

#### 3.2.11.5.2. Economia

**114.** O período de 1964 a 1967 foi marcado pela recessão no Brasil, sendo que com a adoção do Plano de Ação Econômica do Governo – PAEG tentou-se conter a inflação, visando à retomada posterior dos investimentos públicos e privados. Neste sentido, a política econômica foi no sentido da contenção de gastos governamentais, e contenção dos meios de pagamento, buscando conter o processo inflacionário. Não se logrou o devido êxito<sup>680</sup>.

A “expansão do sistema” passa a acontecer a partir de uma “política *seletiva* de combate à inflação”, privilegiando as “*necessidades da produção*”. Destarte, volta-se para o lado oposto: recrudescimento dos gastos governamentais, “aumento dos créditos” e

<sup>680</sup> OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à razão dualista / O ornitorrinco*. Op. Cit. p. 93.

“estímulo à demanda”. Para possibilitar tal política houve uma reforma fiscal regressiva com os impostos indiretos crescendo mais do que os diretos, controle salarial e nova estruturação do mercado de capitais.

Em poucas palavras, a política de combate à inflação procura transferir às classes de rendas baixas o ônus desse combate, buscando que as alterações no custo de reprodução da força de trabalho não se transmitam à produção, ao mesmo tempo que deixa galopar livremente a inflação que é adequada à realização da acumulação, através do instituto da correção monetária, a prática, já iniciada em períodos anteriores, de fuga aos limites estreitos da lei da usura. A circulação desse excedente compatibiliza os altos preços dos produtos industrializados com a realização de acumulação, propiciada por um mercado de altas rendas, concentrado nos estratos da burguesia e das classes médias altas<sup>681</sup>.

Com efeito, os altos preços dos produtos brasileiros, que substituíam as importações, reforçavam a acumulação capitalista e propiciavam uma piora na distribuição da renda, o que não configurava empecilho ao crescimento econômico. Neste contexto, a “política econômica pós-64” impulsionou uma concentração ainda mais acentuada na renda<sup>682</sup>.

E a política de achatamento dos níveis salariais possibilitaria uma “*superacumulação*”, aumentando a taxa de lucros e reativando a economia. Além disso, houve uma mudança qualitativa, a partir da implantação, nos “ramos dinâmicos”, de uma “*homogeneidade monopolística da economia*” como condição imprescindível da expansão. Esta *homogeneidade monopolística* impulsionaria ainda mais a taxa de lucro da indústria. Havia, ainda, subsídios governamentais a estes setores o que protegia ainda mais estes mercados. Assim, criam-se *superempresas* que expandem suas influências por toda a economia.

O conglomerado, que é a unidade típica dessa estruturação monopolística, não é, ao contrário do que se pensa, uma estruturação para fazer circular o excedente intramuros do próprio conglomerado, mas uma *estruturação de expansão*. A manutenção de taxas de lucros elevadas é a condição para essa expansão (itálicos

---

<sup>681</sup> Ibid., p. 94-95.

<sup>682</sup> Ibid., p. 95-97.

originais)<sup>683</sup>.

Esta operação de subsídio foi intermediada pelo sistema financeiro. Surge, então, a concorrência entre os setores produtivo e financeiro, que passaria a operar de forma autônoma e propiciaria, em alguns casos, taxas mais elevadas que as de lucro. Seria, então, o caso de aproximar os ganhos financeiros aos do setor produtivo, de forma a incentivar o investimento produtivo. Mas isto afastaria pessoas físicas do mercado financeiro o que poderia provocar a fuga de capitais e uma piora na liquidez. “Em poucas palavras, um mecanismo circular que proporcionou o ‘descolamento’ das órbitas financeira e real impede que a primeira sirva de fonte de acumulação para a segunda”<sup>684</sup>.

Com o crescimento e a ocupação da capacidade que então estava ociosa, demanda-se uma expansão da produção dos bens de capital, de forma a ampliar a “capacidade produtiva instalada”. A indústria nacional de bens de produção não conseguia atender à demanda, passando-se a recorrer às importações de bens de produção. Logo, parte do crescimento do mercado de bens de consumo não foi compartilhada com a indústria nacional de bens de capital e “não se internalizou totalmente a potencialidade de crescimento”. Neste contexto, a manutenção das altas taxas de crescimento da economia necessitavam cada vez mais das exportações a fim de equilibrar a demanda por importações de bens de produção<sup>685</sup>.

E para recrudescer as taxas de exportação o governo passava a conceder subsídios na forma de isenção de tributos, o que implica a transferência indireta de renda da população em geral para os empresários. Obviamente, tal política econômica não pode sobreviver no longo prazo. Se um país importa um produto brasileiro em determinada condição certamente desejará o mesmo tratamento quando for exportar seu produto ao Brasil. Deste modo, as importações de bens de capital passam a ser deletérias ao setor interno de produção destes bens. Buscando incentivar e manter as altas taxas de lucro o governo prescinde de parte de suas receitas tributárias, recorrendo ao crédito externo<sup>686</sup>.

A economia vivenciou este período como o “milagre econômico”, coincidindo com o final da década de 1960 e início da de 1970. As crises do petróleo desta década, contudo, afetarão sobremaneira a oferta desta fonte energética no mercado internacional fazendo

---

<sup>683</sup> Ibid., p. 100-101.

<sup>684</sup> Ibid., p. 102.

<sup>685</sup> Ibid., p. 103-104.

<sup>686</sup> Ibid., p. 104-105.

recrudescer, enormemente, o seu preço, o que provocará consequências econômicas nos mais diversos países. As moedas desvalorizaram-se frente ao dólar e o Brasil teve seu endividamento externo ainda mais acentuado.

Paralelamente, havia as obras faraônicas como a Transamazônica, a rodovia Cuiabá-Santarém e a Ponte Rio-Niterói, o que agravava ainda mais a dívida pública, colocando em curso um processo inflacionário.

Entretanto, o crescimento econômico que, como salientado outrora, era baseado em subsídios governamentais às exportações, mediante renúncias fiscais, financiadas por intermédio de empréstimos internacionais, que passaram a ficar cada vez mais caros, por conta da valorização do dólar decorrente da crise do petróleo, continuava em expansão, à custa da ampliação do endividamento externo e dos gastos governamentais em obras de usinas hidrelétricas. Tem-se, então, um período de abrandamento do rigor da ditadura, com o início da abertura política.

No final da década de 1970 e princípio da de 1980 a economia dava sinais de estagnação e a inflação continuava sua ascensão. Vários pacotes econômicos foram implantados na década de 80, não se tendo logrado o respectivo êxito. Ressalta-se, desta década, a complementação da abertura política e a redemocratização do país, além da nova ordem constitucional criada em 1988, com uma Carta Magna voltada à defesa e à concretização dos direitos fundamentais.

#### 3.2.11.5.3. Leis sociais e o movimento sindical

**115.** As três primeiras leis do regime militar que hão de ser ressaltadas neste trabalho estão relacionadas ao Direito Coletivo do Trabalho. A Lei n. 4.330/1964 (1º de junho de 1964)<sup>687</sup> regulou o direito de greve, nos termos do artigo 158 da então vigente Constituição Federal de 1946<sup>688</sup>.

Paradoxalmente, a lei de greve praticamente suprimiu o direito de greve ao regulá-lo de forma minuciosa e ao assegurá-lo somente em condições de difícil constatação e confirmação. Exigia-se quórum qualificado em assembleia para aprovar o movimento

---

<sup>687</sup> BRASIL. **Lei n. 4.330, de 1º de junho de 1964.** Regula o direito de greve, na forma do art. 158, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4330-1-junho-1964-376623-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 27 jun. 2012, 11:46:57.

<sup>688</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho.** Op. Cit. p. 92.

paredista, além de um aviso com grande antecedência e a possibilidade de intervenção da Justiça do Trabalho para dirimir o conflito. Ou seja, na prática, esta lei extinguiu o direito de greve no Brasil<sup>689</sup>.

Por sua vez, a Lei n. 4.589/1964 (11 de dezembro de 1964)<sup>690</sup> promoveu a extinção de organismos de Imposto Sindical e a criação dos Departamentos Nacionais de Emprego e Salário, de Segurança e Higiene do Trabalho e Conselho Superior de Trabalho Marítimo<sup>691</sup>.

Enfim, neste contexto, a Lei n. 4.725/1965 (13 de julho de 1965)<sup>692</sup> e o Decreto n. 57.627/1966 (13 de janeiro de 1966) regulamentaram os dissídios coletivos<sup>693</sup>. Na verdade, esta legislação regulamentou a política salarial e os dissídios coletivos, tendo representado, em verdade, uma estratégia de congelamento dos salários como forma de tentar conter o processo inflacionário<sup>694</sup>.

A Lei n. 5.107/1966 (13 de setembro de 1966)<sup>695</sup> e o Decreto n. 59.820/1966 (20 de dezembro de 1966) criaram e regulamentaram o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)<sup>696</sup> e, na prática, extinguíram a estabilidade no emprego.

A esta nova legislação seguiu-se um período de reorganização e rearticulação do movimento sindical (1966-1968), inclusive com intensas mobilizações e movimentos grevistas, culminando com duas grandes greves em 1968, as de Contagem/MG e de

---

<sup>689</sup> Para uma análise detalhada sobre esta lei, vide: MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p. 115-133. Sobre o período de 1964 a 1966, caracterizado pela postura da ditadura contrariamente ao movimento operário, vide: FREDERICO, Celso (Org.). **A esquerda e o movimento operário: 1964/1984**. V. I: A resistência à ditadura. São Paulo: Novos Rumos, 1987. p. 17-45.

<sup>690</sup> BRASIL. **Lei n. 4.589, de 11 de dezembro de 1964**. Extingue a Comissão do Imposto Sindical, a Comissão Técnica de Orientação Sindical, cria órgãos no Ministério do Trabalho e Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4589-11-dezembro-1964-368905-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 27 jun. 2012, 11:54:18.

<sup>691</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 92.

<sup>692</sup> BRASIL. **Lei n. 4.725, de 13 de julho de 1965**. Estabelece normas para o processo dos dissídios coletivos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/L4725.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4725.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2012, 11:59:00.

<sup>693</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 92.

<sup>694</sup> Para uma análise detalhada desta legislação e da política salarial do período, vide: MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. **O Estado e a Burocratização do Sindicato no Brasil**. Op. Cit. p.135-162.

<sup>695</sup> BRASIL. **Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966**. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=172727&norma=190680>>. Acesso em: 27 jun. 2012, 12:04:46.

<sup>696</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 92.

Osasco/SP<sup>697</sup>.

Seguiu-se, então, uma época de repressão ao movimento operário, sobretudo com o Ato Institucional n. 05, de 1968, cujo conteúdo já fora relatado anteriormente. De 1969 a 1971 o movimento sindical teve lutas restritas ao interior das fábricas, sem repercussões na sociedade brasileira<sup>698</sup>.

Voltando à legislação, o Decreto-lei n. 75/1966 (21 de novembro de 1966) e o Decreto n. 61.032/1967 (17 de julho de 1967) estabeleciam normas sobre a correção monetária de débitos trabalhistas<sup>699</sup>.

Já o Decreto-lei n. 229/1967 (28 de fevereiro de 1967)<sup>700</sup> trouxe diversas alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)<sup>701</sup>, em temas como: identificação profissional; duração do trabalho; salário mínimo; férias; segurança e saúde do trabalho; normas especiais de tutela do trabalho; tutela do trabalho feminino e do menor; remuneração, suspensão, interrupção e rescisão do contrato de trabalho; direito sindical; processo de multas administrativas; e processo do trabalho.

A Constituição de 1967 (24 de janeiro de 1967, mas com vigência a partir de 15 de março de 1967)<sup>702</sup>, já comentada anteriormente, preceituou normas em matéria trabalhista: composição do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais do Trabalho, forma de nomeação, carreira (artigo 133); restrição em relação à interposição de recurso extraordinário ao STF, envolvendo somente matéria constitucional (artigo 135); princípios para a ordem econômica e social (artigo 157); proibição da greve em serviços públicos e atividades essenciais (artigo 157, § 7º); diversos direitos trabalhistas no artigo 158 [salário-família, proibição de diferença de salários, integração do trabalhador na empresa, vedação

<sup>697</sup> Para uma análise detalhada sobre este período de reorganização do movimento operário (1966-1968) e as greves de 1968, vide: FREDERICO, Celso (Org.). **A esquerda e o movimento operário**: 1964/1984. V. I: A resistência à ditadura. Op. Cit. p. 49-241. Sobre as greves de Contagem/MG e Osasco/SP ocorridas em 1968, vide: WEFFORT, Francisco C. Participação e Conflito Industrial: Contagem e Osasco 1968. In: **Cadernos CEBRAP**. N. 05. São Paulo: CEBRAP, 1972. p. 7-93. Disponível em: <<http://www.cebrap.org.br/v2/items/view/200>>. Acesso em: 03 jul. 2012, 13:11:27.

<sup>698</sup> Para uma análise detalhada sobre este período de repressão ao movimento operário (1968-1971), vide: FREDERICO, Celso (Org.). **A esquerda e o movimento operário**: 1964/1984. V. I: A resistência à ditadura. Op. Cit. p. 245-348.

<sup>699</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 92.

<sup>700</sup> BRASIL. **Decreto-lei n. 229, de 28 de fevereiro de 1967**. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-229-28-fevereiro-1967-351770-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 jun. 2012, 12:08:30.

<sup>701</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 92.

<sup>702</sup> BRASIL. **Constituição (1967)**. Op. Cit.

ao trabalho do menor de 12 (doze) anos, FGTS, colônias de férias, aposentadoria da mulher aos 30 (trinta) anos, proibição de novos benefícios na previdência sem custeio prévio e dotação orçamentária para os encargos da União]<sup>703</sup>.

Seguem-se diversas normas jurídicas concernentes à previdência social: os Decretos-leis n.ºs 66 e 72/1966 (21 de novembro de 1966), alterando a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS); o Decreto n. 60.120/1967 (23 de janeiro de 1967), regulamentando o Conselho de Recursos da Previdência Social; o Decreto n. 60.501/1967 (14 de março de 1967), com o novo Regulamento da LOPS; a Lei n. 5.316/1967 (14 de setembro de 1967) e o Decreto n. 61.784/1967 (28 de novembro de 1967) dispuseram sobre a inclusão do seguro contra acidentes do trabalho na previdência social; o Decreto-lei n. 389/1968 (26 de dezembro de 1968), dispondo sobre salário-insalubridade e perícia; e o Decreto-lei n. 564/1969 (1º de maio de 1969) estendeu os benefícios da previdência social aos trabalhadores rurais<sup>704</sup>.

A outrora mencionada Emenda Constitucional n. 01/1969 (17 de outubro de 1969) revogou o inciso VII do artigo 158 e incluiu o seguro contra acidentes do trabalho na previdência social (artigo 165, inciso XVI), algo que já havia acontecido por força da lei anteriormente citada (Lei n. 5.316/1967); os direitos trabalhistas passaram para o artigo 165 (antes eles estavam previstos no artigo 157)<sup>705</sup>.

Em 1969 ainda haveria mais duas leis trabalhistas: o Decreto-lei n. 926/1969 (10 de outubro de 1969), sobre a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e a Lei n. 5.568/1969 (25 de novembro de 1969) acerca do Conselho Arbitral Rural<sup>706</sup>.

Outras leis relevantes apareceram na década de 1970: a Lei n. 5.584/1970 (26 de junho de 1970) cuidou do processo do trabalho e da assistência judiciária; a Lei Complementar n. 07/1970 (07 de setembro de 1970) e o Decreto-lei n. 1.125/1970 (19 de setembro de 1970) regulamentaram o Programa de Integração Social (PIS)<sup>707</sup>; a Lei n. 5.859/1972 (11 de dezembro de 1972) trouxe alguns direitos trabalhistas para os

<sup>703</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 92; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21ª. Ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. v. 1. Op. Cit. p. 77-79.

<sup>704</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 93.

<sup>705</sup> Ibid., loc. cit.; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21ª. Ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. v. 1. Op. Cit. p. 77-79.

<sup>706</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. loc. cit.

<sup>707</sup> Ibid., loc. cit.

empregados domésticos; a Lei n. 5.889/1973 (08 de janeiro de 1973) estabeleceu normas jurídicas trabalhistas para os rurícolas<sup>708</sup>; a Lei n. 6.019/1974 (03 de janeiro de 1974) instituiu normas sobre o trabalho temporário; pela Lei n. 6.062/1974 (25 de junho de 1974) foi criado o Ministério da Previdência Social; a Lei n. 6.136/1974 (07 de novembro de 1974) dispunha sobre o salário-maternidade na Previdência Social<sup>709</sup>; a Lei n. 1.535/1977 (13 de abril de 1977) preceituou novas regras sobre as férias, alterando a CLT<sup>710</sup>; a Lei n. 6.439/1977 (1º de setembro de 1977) criou o SINPAS (Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social); a Lei n. 6.708/1979 (30 de outubro de 1979), posteriormente alterada pela Lei n. 6.886/1980 (10 de dezembro de 1980) além do Decreto n. 84.560/1980 (14 de março de 1980) dispunha sobre a correção automática semestral dos salários<sup>711</sup>.

Retornando ao movimento operário, em 1973 começou a crise econômica do então denominado “milagre brasileiro”. A insatisfação em relação a ela reacendeu o movimento sindical, que voltou a deflagrar greves. Houve a aproximação da Igreja Católica com os trabalhadores, o que propiciou a “reorganização do movimento operário”. Paralelamente, o PCB (Partido Comunista Brasileiro) também se dedicava à rearticulação do movimento operário<sup>712</sup>.

No governo Geisel, como salientado outrora, iniciou-se um período de abertura política e, com isso, o movimento operário passa a se reorganizar e a acumular forças, culminando no ano de 1978 em que haverá ascenderá, na cena nacional, o sindicato dos metalúrgicos de São Bernardo do Campo<sup>713</sup>.

A partir de 1978 iniciam-se diversos movimentos grevistas e ampla mobilização da classe operária, a partir do sindicato dos metalúrgicos de São Bernardo do Campo, o que propiciará a presença da classe trabalhadora nos debates de redemocratização do país. Foram três anos de intensa movimentação grevista na região do ABC paulista, que

---

<sup>708</sup> AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 121-124.

<sup>709</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. loc. cit.

<sup>710</sup> Ibid., loc. cit.; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21ª. Ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. v. 1. Op. Cit. p. 71.

<sup>711</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 93.

<sup>712</sup> Para uma análise detalhada sobre este período de 1973 a 1975, vide: FREDERICO, Celso (Org.). **A esquerda e o movimento operário**: 1964/1984. V. II: A crise do “milagre brasileiro”. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990. p. 7-140.

<sup>713</sup> Para uma análise detalhada sobre o período das greves de 1978 a 1980, vide: FREDERICO, Celso (Org.). **A esquerda e o movimento operário**: 1964/1984. V. III: A reconstrução. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1991. p. 9-216. Vide, também: ANTUNES, Ricardo. **O continente do labor**. Op. Cit. p. 95-101.

culminaria na criação do Partido dos Trabalhadores (PT)<sup>714</sup>, que governaria o país pouco mais de vinte anos depois.

Por fim, volvendo às normas jurídicas, ainda durante o regime militar foi promulgada a Emenda Constitucional n. 18/1981 (30 de junho de 1981), que estabeleceu o direito à aposentadoria especial para professores e professoras. Também foram criados Tribunais Regionais do Trabalho neste período<sup>715</sup>.

### 3.2.11.6. Leis sociais da Nova República

**116.** Em 1985 algumas leis regulamentaram profissões, como: secretário, economista doméstico, técnico em radiologia e técnico em segurança do trabalho. Ainda no mesmo ano, a Lei nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985, acerca do vale-transporte, e a Lei n. 7.316/1985 (28 de maio de 1985) dispôs sobre o fim da restrição da representatividade das entidades sindicais de profissionais liberais, possibilitando sua representação de categorias profissionais diferenciadas<sup>716</sup>.

Ressaltam-se mais três normas jurídicas anteriores à Constituição de 1988: os Decretos-leis nºs 2.283 e 2.284/1986 (27 de fevereiro e 10 de março de 1986) que extinguíam a correção monetária e a indexação da economia, criavam o seguro-desemprego, e congelavam os salários; a Lei n. 7.783/1989 (28 de junho de 1989) sobre o direito de greve; e, enfim, a Lei n. 7.619/1987 (30 de setembro de 1987) alterando a legislação do vale-transporte<sup>717</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, atualmente em vigor, trouxe os direitos sociais como direitos fundamentais; os artigos 6º (direitos sociais, entre eles, o trabalho); 7º (direitos trabalhistas no âmbito do contrato de trabalho); 8º (direitos sindicais); 9º (direito de greve); 10 (representação dos trabalhadores em órgãos públicos); 11 (representação dos trabalhadores em empresas com mais de 200 empregados); 111 a 117 (Justiça do Trabalho); 194 a 204 seguintes

<sup>714</sup> Para uma análise detalhada sobre este período de 1973 a 1975, vide: FREDERICO, Celso (Org.). **A esquerda e o movimento operário**: 1964/1984. V. II: A crise do “milagre brasileiro”. Op. Cit. p. 7-140.

<sup>715</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 93.

<sup>716</sup> Ibid., p. 94.

<sup>717</sup> Ibid., p. 96.

(Seguridade Social); 10, do ADCT (FGTS e licença-paternidade)<sup>718</sup>.

Outras leis foram elaboradas em sequência à Carta Magna: a Lei n. 7.701/1988 (21 de dezembro de 1988) sobre a Justiça do Trabalho; a Lei n. 7.855/1989 (24 de outubro de 1989) com diversas alterações na CLT (inspeção do trabalho, trabalho da mulher e do menor); a Lei n. 7.998/1990 (1º de janeiro de 1990) acerca do seguro-desemprego; a Lei n. 8.036/1990 (11 de maio de 1990) e o Decreto n. 99.684/1990 (08 de novembro de 1990) com nova regulamentação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); por fim, a Lei n. 8.069/1990 (13 de julho de 1990) com o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 60 a 69 – direito à profissionalização e à proteção no trabalho)<sup>719</sup>.

### 3.3. FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

117. No primeiro capítulo procedeu-se a uma análise pormenorizada da teoria geral dos direitos fundamentais, tendo sido abordado o tema dos direitos sociais como direitos fundamentais. Contudo, é importante repisar neste aspecto até para efeitos metodológicos, porquanto esta parte do trabalho dedica-se aos direitos sociais.

De tudo quanto exposto neste capítulo, verifica-se que a gênese dos direitos sociais aponta para a sua estreita conexão com os movimentos sociais, sobretudo o movimento operário<sup>720</sup>. Até mesmo na história brasileira verificou-se que a legislação de caráter social foi precedida de reivindicações sociais, sendo que a *ideologia do trabalhismo*, no sentido de que a legislação trabalhista teria sido uma dádiva de Getúlio Vargas, que se teria antecipado aos fatos sociais e, assim, que se haveria consolidado direitos antes mesmo de sua reclamação pelos atores sociais, há de ser desmitificada.

E esta perspectiva histórica no sentido de que os direitos sociais foram fruto de lutas sociais, relembra a sua efetiva fundamentação e pode orientar sua interpretação e aplicação aos fatos atuais.

<sup>718</sup> Ibid., p. 95; VIANNA, José de Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21ª. Ed. Atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. v. 1. Op. Cit. p. 79-80; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. Op. Cit. p. 93-95.

<sup>719</sup> MORAES FILHO, Evaristo de & MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 96.

<sup>720</sup> Vide, a respeito: HOBBSAWN, Eric J. O operariado e os Direitos Humanos. In: **Mundos do Trabalho: Novos Estudos sobre História Operária**. 5ª. Ed. Rev. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 417-439.

A localização do instituto ou o ramo do direito na perspectiva histórica nos dá a dimensão de sua existência e de seus postulados fundantes. Somente assim podemos entender a razão histórica do surgimento do instituto. Trata-se de postura que evita que sejamos prisioneiros do hoje. A interpretação na perspectiva histórica situa-nos o instituto ou ramo, reafirmando a sua essência e a preservação de sua lógica intrínseca. Por exemplo, não há como se inviabilizar uma postura mais tutelar ao ‘hipossuficiente’ nos direitos sociais, já que se trata, historicamente, da razão de seu surgimento, ou seja, a sua própria razão de ser em uma perspectiva distintiva dos demais ramos do direito. Caso não se localize historicamente este sentido dos direitos sociais, é possível acreditar que hoje eles possam ser algo diferente. Na verdade, não podem, sob pena de se tornarem indistintos dos direitos privados em geral (e do direito civil em particular). Os melhores exemplos são o próprio direito do trabalho e a seguridade social. Surgiram como forma de proteção em momentos de intensa exploração do trabalho, tratados como subalar. Portanto, construídos a partir desta matriz, no momento em que o trabalho voltou a ser considerado como desvaler, é importante que a lógica seja retomada pelo direito e não abandonada sob a perspectiva meramente econômica. Retomada a lógica originária, é possível a retomada também do discurso e da prática da proteção dos trabalhadores por meio dos direitos sociais<sup>721</sup>.

Destarte, considerando que a origem dos direitos sociais decorre de reivindicações por melhores condições de existência, não pode haver dúvida, neste contexto, da íntima vinculação entre os direitos sociais e os direitos fundamentais, aqui designados como os direitos do homem (aspecto subjetivo) destinados à concretização da dignidade humana (aspecto objetivo).

Ora, a busca por melhores condições sociais referem-se ao direito à vida, mais especificamente, a uma vida digna, situação que poderia ser atribuída a um direito fundamental. Ademais, a própria fruição do direito de liberdade remete a que o indivíduo tenha mínimas condições de sobrevivência. Deste modo, mesmo em caráter instrumental os direitos sociais estão atrelados aos direitos fundamentais<sup>722</sup>.

---

<sup>721</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. Op. Cit. p. 146.

<sup>722</sup> No sentido de que a fruição de direitos a condições mínimas de vida é fundamental para a efetivação da democracia, vide: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade [Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates]. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 160; SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie. Op. Cit. p. 561.

Com efeito, o conteúdo dos direitos sociais volta-se à efetivação da dignidade humana e, por conseguinte, tais direitos apresentam a já salientada *fundamentalidade* material (suficiente relevância e essencialidade)<sup>723</sup>, pertinente tanto aos direitos humanos quanto aos direitos fundamentais.

Neste contexto, não se pode olvidar que os direitos sociais foram previstos internacionalmente nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho, criada, como visto alhures, com o objetivo de assegurar a paz social mundial. Ainda, tais direitos foram positivados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e, posteriormente, pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que formam uma espécie de arcabouço jurídico internacional concernente a direitos humanos.

Destarte, não pode haver dúvida de que os direitos sociais são direitos humanos (*fundamentalidade* material).

Além disso, conforme sublinhado anteriormente, para que um direito seja fundamental ele também deve apresentar a chamada *fundamentalidade* formal, peculiar aos ordenamentos jurídicos de cada país. E já foi analisado outrora que os direitos sociais foram positivados pela Constituição Federal de 1988 como direitos fundamentais, fazendo parte do Título II daquele diploma legal. Além disso, o § 1º do artigo 5º da Carta Magna atribui aos direitos e garantias fundamentais a aplicabilidade imediata, o que reforça o entendimento pela *fundamentalidade* formal. Conclui-se, então, que os direitos sociais são direitos fundamentais, porquanto se revestem das *fundamentalidades* material e formal (*dupla fundamentalidade*)<sup>724</sup>.

Nesta linha de argumentação, pode-se dizer, com a interpretação dada aos direitos fundamentais, de que eles referem-se a direitos unos, indivisíveis, complementares e inter-relacionados, reafirmando-se que os direitos sociais integram o catálogo dos direitos fundamentais. Há até mesmo quem entenda que não pode haver distinção entre direitos de primeira, segunda e terceira gerações.

Até porque há direitos ditos de primeira dimensão que possuem um caráter *prestacional*, como é o caso do fundo partidário e do acesso aos meios de comunicação

---

<sup>723</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos fundamentais**: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lôbo Torres. Rio de Janeiro & São Paulo: Renovar, 2006. p. 559.

<sup>724</sup> Neste sentido, vide: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos fundamentais**: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lôbo Torres. Op. Cit. p. 559; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 49-50.

pelos partidos políticos (artigo 17, § 3º, da CF). Neste caso, há um direito político (primeira dimensão) com aspecto *prestacional*. E também há direitos enquadrados como de segunda dimensão com feição defensiva, como os direitos de greve e de liberdade sindical. Os direitos de greve e de liberdade sindical são direitos sociais (segunda dimensão) com uma face defensiva, porquanto demandam liberdade (não-intervenção) no seu exercício<sup>725</sup>. Ademais, todos os direitos fundamentais têm uma “dimensão negativa” e uma “prestacional”, logo, todos eles demandam custos ao Estado<sup>726</sup>.

De qualquer forma, como salientado anteriormente, as questões da unidade, indivisibilidade, complementaridade e inter-relação, bem postas internacionalmente, já foram bem exploradas neste trabalho não sendo o caso de se repisar neste assunto.

### 3.4. DIREITOS SOCIAIS, “MÍNIMO EXISTENCIAL” E “RESERVA DO POSSÍVEL”

**118.** Como estudado no capítulo anterior, para a doutrina os direitos sociais apresentam estreita vinculação com o denominado “mínimo existencial” e a conhecida “reserva do possível”.

Quando se fala em direitos fundamentais, e os direitos sociais incluem-se nesta seara, pensa-se, como visto alhures, na dupla *fundamentalidade* (material e formal). Focando-se na *fundamentalidade* material procura-se no conteúdo de um dado direito se ele apresenta suficiente relevância e essencialidade, e, em caso positivo, vislumbra-se que ele trata-se de um direito materialmente (aspecto relativo ao conteúdo do próprio) fundamental.

Uma discussão que se trava em torno do conteúdo de um direito fundamental social concerne à contraposição entre o “mínimo existencial”, de um lado, e a “reserva do possível”, de outro.

<sup>725</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos fundamentais**: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lôbo Torres. Op. Cit. p. 556-557.

<sup>726</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie. Op. Cit. p. 95. Vide, também: HOLMES, Stephen e SUNSTEINS, Cass R. **The Cost of Rights**: Why Liberty Depends on Taxes. Op. Cit. Part. I; AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro & São Paulo: Renovar, 2001.

119. Entretanto, para chegar até esta abordagem, parte-se, primeiramente, de uma análise dos direitos sociais (*prestacionais*) em dupla perspectiva: “como direitos *prima facie* e como direitos definitivos”<sup>727</sup>.

No primeiro aspecto, ou seja, os direitos sociais como direitos *prima facie*, tem-se que os direitos a ações positivas do Estado são vistos como princípios, mais especificamente, como mandamentos de otimização, cuja realização dever-se-á seguir as “possibilidades fáticas e jurídicas”, impondo a execução de todas as condutas que apontem para a sua efetivação<sup>728</sup>.

Assim, verifica-se, no “nível da ponderação” (*Abwägungstufe*), qual o tipo de “ação de promoção” deverá ser executada para a efetivação do direito em análise. Nenhuma ação de promoção poderá ser descartada nesse momento<sup>729</sup>.

Por outro lado, o “nível da ação” (*Handlungsstufe*) aparece após a execução da ponderação. A partir daí, há duas possibilidades: ou *nenhuma* ação é ordenada definitivamente ou *uma ação* é ordenada definitivamente. No primeiro caso, nenhuma ação poderá ser ordenada, o que inviabiliza qualquer mandado de ação definitiva. No último, de outro modo, haverá um “mandado de ação definitiva”<sup>730</sup>.

Os direitos, então, passam de posições *prima facie* para definitivas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade e do nível de ação<sup>731</sup>.

A doutrina tudesca desenvolveu o princípio da proporcionalidade no sentido da *proibição da não-suficiência* (*Untermaßverbot*). O citado princípio comumente é visto como proibição do excesso (*Übermaßverbot*), que é a sua faceta mais usada no caso de direitos de defesa. Já no caso dos direitos *prestacionais* o princípio da proporcionalidade é utilizado no sentido já aludido de proibição da não-suficiência<sup>732</sup>.

A “proibição da não-suficiência” demanda do ente estatal (legislador ou

<sup>727</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 281. Vide, também: SARMENTO, Daniel. Proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 567-579.

<sup>728</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 281.

<sup>729</sup> *Ibid.*, p. 282.

<sup>730</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>731</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>732</sup> *Ibid.*, p. 283.

administrador), quando está obrigado a uma ação positiva, que envide esforços no sentido de “alcançar limites mínimos”<sup>733</sup>.

No sentido de proibição de não-suficiência o princípio da proporcionalidade também apresenta três facetas ou preceitos.

A primeira é a “adequação”, que exige que a atuação estatal seja idônea a atingir ou a fomentar o escopo previsto pela norma que impele o Estado a agir. Assim, por exemplo, para o cumprimento do princípio P’, verifica-se se o meio M’ é o adequado, devendo ser descartado em caso de constatação de sua inadequação para a consecução do aludido desiderato<sup>734</sup>.

Além da aferição acerca da adequação, também se deverá apurar a “necessidade” do meio. Destarte, verifica-se se o meio usado para atingir o objetivo da norma afeta em maior ou menor medida princípios colidentes, prevalecendo o meio que em menor medida afeta o mencionado princípio em colisão. Esquemmatizando, se o meio M’ e o meio M’’ são igualmente adequados para a realização do princípio P’, entretanto, M’’ afeta em menor intensidade o princípio colidente P’’, prevalecerá o meio M’’ em detrimento do meio M’<sup>735</sup>.

Enfim, a “proporcionalidade em sentido estrito”, que corresponde à ponderação, preconiza que “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”. Exemplificando, se o meio M’’ é adequado e necessário, deve-se aferir o grau de satisfação do princípio P’, o que pode ser feito em “escala tríade” (grau leve, médio ou grave). Assim, se o meio M’’, apesar de ser adequado e necessário, afetar o princípio colidente P’’ em nível grave e implica a satisfação do princípio P’ em grau médio ou leve, deverá ser desconsiderado, buscando-se outros meios alternativos<sup>736</sup>.

Em caso de existência de vários meios adequados, necessários e que satisfaçam o requisito da ponderação, surge a necessidade de escolha do meio.

Neste contexto, dois critérios hão de ser usados. O primeiro é o da “maximização da intensidade de assistência”, que se baseia na preferência pelo meio que tenha a maior possibilidade de assistência. Logo, na escolha de meios adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, deve-se dar primazia àquele que propicie a “mais alta

---

<sup>733</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>734</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>735</sup> Ibid., p. 284.

<sup>736</sup> Ibid., p. 284-285.

satisfação do princípio que impõe uma obrigação positiva”, prescindindo-se de qualquer análise em relação a eventual existência de princípio colidente<sup>737</sup>.

O segundo parâmetro é o da ponderação de segundo nível, que concerne, em primeira análise, à “diferença absoluta entre intensidade da assistência e intensidade do prejuízo”. Nesse caso, na escolha de diversos meios existentes para a efetivação de um princípio que exija a atuação estatal, deve-se optar pelo meio que, de um lado, proporcione a maior assistência possível, e, de outro, implique o menor prejuízo possível<sup>738</sup>.

Ainda no que respeita à ponderação de segundo nível, em uma segunda perspectiva, verifica-se “o quociente de intensidade entre assistência e prejuízo”, dando-se prioridade ao quociente de maior valor. Aqui o raciocínio é o mesmo, elegendo-se o meio que implique a maior assistência possível, trazendo o menor prejuízo<sup>739</sup>.

Prosseguindo, haverá um “direito fundamental social definitivo” quando o “direito fundamental social *prima facie*” não tenha sobre si restrições<sup>740</sup>.

**120.** No tocante às restrições aos direitos fundamentais sociais, a chamada “cláusula da reserva do possível” é sempre lembrada. Entretanto, para se falar em “reserva do possível” há de se contextualizar o tema.

A “reserva do possível” foi invocada pelo Tribunal Constitucional Alemão no julgamento do caso *Numerus Clausus I*<sup>741</sup>. Na decisão podem-se vislumbrar duas hipóteses: a primeira, que condiz com o “direito a ser admitido no curso universitário”, devendo ser considerada como direito *prima facie*, ao passo que a segunda, que se refere à “ampliação das possibilidades de formação”, é vista como direito definitivo, sendo passível

---

<sup>737</sup> Ibid., p. 285.

<sup>738</sup> Ibid., p. 286.

<sup>739</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>740</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>741</sup> Este caso refere-se ao grande aumento do número de estudantes nas universidades científicas da Alemanha Ocidental logo após a Segunda Guerra Mundial. No caso, o desenvolvimento das universidades, entretanto, não acompanhou o aumento da demanda por vagas. Para que se conseguisse suprir a demanda era necessário um investimento extremamente elevado para a então economia alemã do pós-guerra. Assim, as universidades limitaram o número de vagas, recorrendo ao auxílio da regra do *numerus clausus*, existente desde os anos imediatos ao pós-guerra. O número de vagas para o ensino superior era limitado, e de fato não poderia atender a toda a população. Mas não havia base constitucional para esta regra. Então, recorreu-se ao Tribunal Constitucional para buscar uma solução jurídica para o problema. Nasceu, por conseguinte, a chamada “reserva do possível”. Sobre este caso, vide: OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. 378 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2006. p. 229-235; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** [Theorie der Grundrechte]. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 437-440; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Op. Cit. p. 97-99.

de exigência judicial<sup>742</sup>.

Assim sendo, a cláusula da “reserva do possível” significa que os “direitos fundamentais sociais *prima facie*” devem ser ponderados com outros direitos fundamentais. E transformar-se-ão em “direitos definitivos” caso os outros direitos fundamentais em colisão não gozem de “peso suficientemente alto para restringir o seu direito fundamental”<sup>743</sup>.

**121.** Em contraposição à cláusula da “reserva do possível” há o direito ao “mínimo existencial”.

Já em 1951 o Tribunal Constitucional da Alemanha reconheceu o direito constitucional “à assistência social”. Após, em uma decisão de 1975, admitiu um “direito às condições mínimas de uma existência humana digna”<sup>744</sup>.

Contudo, o mesmo Tribunal é reticente em relação à *justiciabilidade* do direito fundamental ao mínimo existencial<sup>745</sup>.

Já o Tribunal Constitucional de Portugal reconheceu, expressamente, o direito subjetivo ao mínimo de existência digna decorrente do princípio da dignidade humana. Em decisão de 2002 foi julgada inconstitucional norma prevista em decreto que modificou a faixa etária com direito ao gozo do benefício chamado “rendimento social de inserção”. Os

<sup>742</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 287.

<sup>743</sup> *Ibid.*, p. 287-288.

<sup>744</sup> Em decisão de 1951 o Tribunal Constitucional entendeu que a Norma Fundamental não outorgava ao cidadão o direito subjetivo a uma assistência pelo Estado. Contudo, mais adiante, na mesma decisão, a Corte afirmara que apesar de a necessidade de concretização do Estado Social não corresponder, em princípio, a um direito subjetivo do cidadão, este passava a ter este direito em caso de omissão arbitrária, ou seja, sem razões objetivas, por parte do legislador em tomar as medidas normativas condizentes com a efetivação do Estado Social. Após, em 1975, o Tribunal avançou no sentido do dever do Estado Social de amparo aos necessitados, o que incluía necessariamente o auxílio aos cidadãos que, em decorrência de “necessidades físicas ou psíquicas” tivessem óbices para o “desenvolvimento pessoal e social” e não estivessem em condições de se “sustentar sozinhos”. Vide, neste sentido: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 295. Vide, ainda: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** [Theorie der Grundrechte]. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª. Ed. Op. Cit. p. 436-437; Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais.** Op. Cit. p. 129-130; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lôbo Torres.** Op. Cit. p. 564-566.

<sup>745</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 296. Para um estudo mais detalhado sobre o “mínimo existencial” com a abordagem de três autores (John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy), vide: BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lôbo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos.** Op. Cit. p. 97-135.

beneficiários deste rendimento deveriam ter entre 18 e 25 anos e o decreto modificou essa situação, passando a prever que a idade mínima para ter direito ao benefício seria de 25 anos<sup>746</sup>.

No âmbito pátrio, há de se considerar a decisão, não obstante tenha sido monocrática, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45<sup>747</sup>.

Em relação ao direito ao “mínimo existencial” entende-se que ele é, em regra, um direito definitivo, contudo, não se afasta a possibilidade de, diante de uma circunstância excepcional verificada em um caso concreto, que ele seja considerado um direito *prima facie*<sup>748</sup>.

E o “mínimo existencial” tem estreita ligação com a dignidade humana. O “mínimo existencial” refere-se à satisfação de necessidades físicas e sociais, a fim de que o ser humano possa gozar de direitos e ter uma existência com um mínimo de dignidade<sup>749</sup>.

---

<sup>746</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 297; PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Processo n. 768/02**. Acórdão n. 509/02. Rel.: Cons.º Luís Nunes de Almeida, j. 19.12.02. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 06 jul. 2012, 16:57:56.

<sup>747</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 297. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AD%24%2ESCLA%2E+E=45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 17 jul. 2012, 13:08:06. EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

<sup>748</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 299.

<sup>749</sup> *Ibid.*, p. 300-301. Para SARMENTO, o direito ao mínimo existencial apresenta uma perspectiva negativa, que corresponde a um limite à atuação alheia, obstando condutas estatais ou de particulares que retirem do sujeito a possibilidade de ter acesso às “condições materiais mínimas de vida”, além de um aspecto positivo, que abrange a concessão de uma série de prestações materiais. A respeito deste tema, vide: SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 576. Vide, ainda, a jurisprudência colombiana, mais especificamente a Sentencia C-776/03, que, no seu item 4.5.3.3.2. fala sobre “El derecho fundamental al mínimo vital”. COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-776/03**. Rel. Mag. Jaime Araujo Renteria, j. 09.09.03.

Como exemplo, cita-se o direito fundamental à alimentação. Ele decorre do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 11) e em várias disposições constantes da Constituição Federal de 1988 [em especial, os artigos 1º, inciso III, 6º, 7º, inciso IV, e 227<sup>750</sup>]. Verifica-se, assim, um “direito fundamental *prima facie* à alimentação” a ser assegurado pelo Estado por intermédio de condutas adequadas e necessárias. Se, porventura, não existirem tais ações ou, mesmo em caso de sua existência, se elas forem ineficazes, poderão “surgir direitos definitivos ou direitos subjetivos públicos à alimentação” a serem objeto de ações judiciais, mormente ações coletivas, de forma a proteger a universalidade e a tutelar isonomicamente as pessoas necessitadas<sup>751</sup>.

Analisando-se um julgado do STF que determinou ao Poder Público que garantisse o “atendimento a crianças em creches e escolas de educação infantil”<sup>752</sup>, ressaltam-se

---

Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-776-03.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2012, 10:22:58.

<sup>750</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 jul. 2012, 17:06:45. Ibid., Emenda Constitucional n. 64, de 04 de fevereiro de 2010. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm#art1)>. Acesso em: 06 jul. 2012, 17:08:10.

<sup>751</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 303; Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Op. Cit. p. 1136-139.

<sup>752</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) n. 410.715/SP**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.05. Op. Cit. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura

diversos aspectos: (I) a educação infantil foi considerada como direito fundamental cuja efetivação demanda ações positivas do Estado; (II) cabe, primariamente, aos poderes democraticamente constituídos (Executivo e Legislativo) a tarefa de concretizar o citado direito por meio de políticas públicas; (III) ao Judiciário incumbe, em caráter subsidiário, impingir aos órgãos estabelecidos a obrigação de realizarem o aludido direito fundamental; (IV) os direitos econômicos, sociais e culturais possuem caráter de efetivação gradual e sua concretização depende, de forma geral, das possibilidades financeiras previstas no orçamento; (V) os entes estatais obrigados a realizar o já mencionado direito fundamental, quando do inadimplemento dessa obrigação, corriqueiramente opõem razões pertinentes à discricionariedade administrativa (conveniência e oportunidade), falta de recursos econômicos e ausência de regulamentação normativa; (VI) a “cláusula da reserva do possível” somente pode ser suscitada em caso de “justo motivo objetivamente aferível”. Conclui-se que o modelo apresentado pelo julgamento do STF é no sentido de que os direitos fundamentais sociais podem colidir com princípios orçamentários e a resolução do conflito recairá sobre uma análise acerca da proporcionalidade<sup>753</sup>.

### 3.5. EFICÁCIA E *JUSTICIABILIDADE* DOS DIREITOS SOCIAIS

#### 3.5.1. *Eficácia dos direitos sociais*

**122.** Neste contexto de estudo dos direitos sociais considerando o contraponto entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”, inserem-se os temas da eficácia e da *justiciabilidade* dos direitos sociais.

Considerando-se que estes assuntos já foram abordados no capítulo anterior, as próximas notas servirão de complemento ao que já fora ventilado antanho.

**123.** Relembrando, fala-se em eficácia vertical dos direitos fundamentais, a sua aplicabilidade frente a relações de caráter, em princípio, desigual, como se caracterizam as relações entre o cidadão e o Estado.

Já a eficácia horizontal condiz com a incidência dos direitos fundamentais em

---

constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. RE n. 436.996-6/SP, Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 22/11/2005. DJ 03.02.2006.

<sup>753</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 310-311.

relações entre particulares, tradicionalmente marcadas pela igualdade (ou qualificadas como relações entre iguais), não obstante, em alguns casos esta pretensa igualdade não seja aferida em termos materiais. É que tradicionalmente sustenta-se que o Direito Privado é marcado por relações entre pessoas iguais (iguais perante a lei – igualdade formal), ainda que haja uma desigualdade material.

Não há grandes discussões em relação à eficácia vertical dos direitos fundamentais, comumente atrelada aos direitos de liberdade, mais objetivamente, em relação a direitos dos cidadãos frente ao órgão estatal.

Entretanto, no que concerne à eficácia horizontal o debate sempre foi mais intenso. Verifica-se, por exemplo, que a Suprema Corte brasileira já tocou no tema em ao menos dois arestos. O Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos dos recursos extraordinários nºs 158.215-4/RS e 161.243-6/DF<sup>754</sup>, reconheceu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, de sua incidência nas relações entre particulares<sup>755</sup>.

Outro julgado da Suprema Corte pátria pode ser destacado:

---

<sup>754</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) n. 158.215/RS**. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. 30.04.96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28158215%2E+OU+158215%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 09 jul. 2012, 14:31:45. EMENTA: DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. Id. **Recurso Extraordinário (RE) n. 161.243/DF**. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 29.10.96. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28161243%2E+OU+161243%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 09 jul. 2012, 14:30:00. EMENTA: EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.

<sup>755</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 97-98.

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a

própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO<sup>756</sup>.

124. Várias são as teorias relativas à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas<sup>757</sup>.

125. A primeira teoria a ser tratada é a da *state action doctrine*. Esta doutrina nasceu nos Estados Unidos da América (EUA), não obstante, a tradição liberal daquele país, que concebe, corriqueiramente, os direitos fundamentais com eficácia meramente vertical, ou seja, do indivíduo em face do Estado<sup>758</sup>.

Contudo, no período denominado de *Corte de Warren*<sup>759</sup> o posicionamento da Suprema Corte Americana modificou-se no sentido da *horizontalização* dos efeitos dos direitos fundamentais, sobretudo em questões referentes à discriminação<sup>760</sup>.

<sup>756</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) n. 201.819/RJ**. Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. para Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.05. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28efic%Elcia+horizontal%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 09 jul. 2012, 14:37:36.

<sup>757</sup> Vide, com mais detalhes: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Op. Cit.; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** [Theorie der Grundrechte]. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª. Ed. Op. Cit. p. 523-574; DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; e SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos organizados e revisados por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Op. Cit. p. 22 e seguintes; MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 369-386; STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. Op. Cit.; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Op. Cit.; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Op. Cit. p. 66-106.

<sup>758</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 100.

<sup>759</sup> A Corte de Warren foi um período de grande reviravolta nos julgados da Suprema Corte Norte-Americana com grande evolução do Direito Constitucional. Sobre o histórico da Corte de Warren, vide: MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001, p. 337-356. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32961-41218-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2012, 14:45:25. Vide, ainda: BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos**: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a\\_americanizacao\\_do\\_direito\\_constitucional\\_e\\_seus\\_paradoxos.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf)>. Acesso em: 09 jul. 2012, 14:52:46; RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte de Warren**. Brasília: Civilização Brasileira, 1986.

<sup>760</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 100. Neste sentido, vide os

Não obstante, essa mudança de postura não desnaturou a concepção norte-americana de prevalência da esfera privada em detrimento da pública. Assim, para a *state action doctrine* a autonomia privada supera o âmbito público<sup>761</sup>.

**126.** A próxima teoria a ser examinada é chamada de *teoria da convergência estatista*, que defende que todos os direitos fundamentais são “direitos públicos subjetivos”. Assim sendo, qualquer ato de um particular que viole ou ameace violar qualquer direito fundamental de outrem é imputável ao Estado, seja porque não houve previsão legislativa expressa, seja porque a esfera administrativa não impediu que a violação acontecesse<sup>762</sup>.

Agora, o que se tem é o extremo oposto da teoria anterior. Se para a *state action doctrine* prevalecia a esfera privada sobre a pública, para a *teoria da convergência estatista* as “relações particulares acabam sendo publicizadas”, e a balança passa a pender para a “supremacia do poder público sobre o privado”<sup>763</sup>.

**127.** Prosseguindo, a *teoria da eficácia indireta e mediata* dos direitos fundamentais nas relações privadas (*Mittelbare Drittwirkung*) preconiza que somente nas relações privadas seria facultado ao indivíduo renunciar aos direitos fundamentais, e competiria ao Poder Judiciário analisar os “limites desta renúncia” por meio da interpretação da Constituição. Neste contexto, entende-se que a esfera privada poderia ser

---

julgados: *SHELLEY vs. KRAEMER*, 334 U.S. 1 (1948) e *BROWN II, BROWN vs. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA*, 349 U.S. 294 (1955). Estes e outros julgados norte-americanos podem ser vistos em: *THE OXFORD companion to the Supreme Court of the United States*. 2ª. Ed. New York: Oxford University Press, 2005.

<sup>761</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie. Op. Cit. p. 103. Vide, também: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: direitos fundamentais nas relações entre particulares. Op. Cit. p. 99-104.

<sup>762</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie. Op. Cit. p. 103. Sobre esta teoria, vide: SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado [Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr]. Tradução José Roberto Ludwig. In: DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; e SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos organizados e revisados por Luís Afonso Heck. Op. Cit. p. 91-133. Vide, também: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: direitos fundamentais nas relações entre particulares. Op. Cit. p. 104-105.

<sup>763</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie. Op. Cit. p. 103. Para críticas em relação aos dois modelos anteriores, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: direitos fundamentais nas relações entre particulares. Op. Cit. p. 105-106.

fulminada no caso de aplicação direta dos direitos fundamentais<sup>764</sup>.

Para os adeptos desta teoria, os direitos fundamentais seriam valores que se difundem por toda a ordem jurídica, incluindo as relações entre particulares. Todavia, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas dependeria de regulação infraconstitucional da matéria, e, ainda assim, tal regulação deveria harmonizar-se com a ordem constitucional. Então, a norma infraconstitucional estabeleceria “os limites da extensão da renúncia de tais direitos”, cabendo ao Judiciário intervir para colmatar lacunas legislativas ou para determinar o sentido de preceitos com expressões de caráter indeterminado (conceitos gerais indeterminados)<sup>765</sup>.

**128.** A quarta doutrina a ser analisada é a *teoria dos deveres de proteção*, que assevera que não cabe ao Judiciário adentrar nas relações privadas para apreciar lesões a direitos fundamentais, salvo quando se tratar de “controle omissivo de constitucionalidade”. Assim, ao Judiciário restaria a aplicação do “*princípio da proibição do déficit*”, que “impõe uma obrigatoriedade de se respeitar a liberdade desse legislador político na graduação dos valores constitucionais na esfera privada”<sup>766</sup>.

Essa doutrina aproxima-se da teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, aplicando-se-lhe as mesmas críticas<sup>767</sup>.

**129.** A última a ser esboçada é a *teoria da eficácia direta e imediata* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Conforme essa concepção há organizações privadas com considerável poder, podendo ser equiparadas ao próprio Estado, e não seria justo que a aplicação dos direitos fundamentais pudesse ficar limitada às relações entre os indivíduos e o Estado (relações verticais), restando inaplicáveis em relações particulares, mormente em situações de violação da dignidade humana, da isonomia e do direito à

<sup>764</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 104. Vide também: DÜRIG, Günter. *Direitos fundamentais e jurisdição civil [Grundrechte und Zivilrechtsprechung]*. Tradução Luís Afonso Heck. In: DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; e SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos organizados e revisados por Luís Afonso Heck**. Op. Cit. p. 13-50; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Op. Cit. p. 75-81.

<sup>765</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 104. Sobre críticas a esta teoria, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Op. Cit. p. 81-86.

<sup>766</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 106.

<sup>767</sup> *Ibid.*, loc. Cit.

diferença<sup>768</sup>.

Nesse sentido, HANS KARL NIPPERDEY, então Presidente do Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*), aplicou essa proposta em decisões de 1954 e 1957, pertinentes a casos de rompimentos contratuais entre hospitais e enfermeiras que viessem a engravidar. No caso, foi considerada nula essa modalidade de rompimento contratual por violar o princípio da dignidade humana<sup>769</sup>.

Essa concepção, apesar de posteriormente refutada pela Corte Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), ganhou adeptos em outros países<sup>770</sup>.

### 3.5.2. Justiciabilidade dos direitos sociais

**130.** Tema correlato à eficácia dos direitos sociais é a sua *justiciabilidade*, que se refere à possibilidade de os titulares de tais direitos exigirem judicialmente sua aplicação. Logo, a questão insere-se no contexto de se os titulares destas posições jurídicas têm direitos subjetivos à sua concretização.

O fato é que se existem direitos fundamentais, posições jurídicas da mais alta estatura do ponto de vista do Direito, eles devem ser observados e assegurados aos seus titulares de forma direta e imediata. Entretanto, esta situação nem sempre é aferida na prática das relações sociais e a pessoa se vê obrigada a buscar no Judiciário a efetivação do seu direito. Resta saber, então, se a Justiça pode atuar na concretização dos direitos sociais.

Esta temática já foi abordada de forma geral no capítulo anterior, todavia, por questões metodológicas repisa-se no assunto, com uma abordagem diferente, mas compatível com a pretérita.

A *justiciabilidade* dos direitos sociais é um tema que a cada vez mais tem chamado a atenção da doutrina e da jurisprudência. Isto começou a ocorrer em meados da década de 1990, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a prolatar decisões que obrigavam

<sup>768</sup> Ibid., p. 107. Vide também: NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado [Grundrechte und Privatrecht]. Tradução Waldir Alves. In: DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; e SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos organizados e revisados por Luís Afonso Heck. Op. Cit. p. 51-70; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: direitos fundamentais nas relações entre particulares. Op. Cit. p. 86-96.

<sup>769</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie. Op. Cit. p. 108.

<sup>770</sup> Ibid., loc. cit. Acerca das críticas a esta teoria, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: direitos fundamentais nas relações entre particulares. Op. Cit. p. 96-98.

o Estado a entregar medicamentos para pessoas soropositivas<sup>771</sup>.

A esse movimento de ativismo judicial foram opostas diversas críticas<sup>772</sup>, que podem ser classificadas em dois grupos: o primeiro é subdividido em críticas liberais e democráticas (*principlológicas*), ao passo que o segundo é composto por críticas financeiras, administrativas, técnicas, econômicas e da desigualdade quanto ao acesso à justiça (institucionais).

### 3.5.2.1. Críticas comuns

#### 3.5.2.1.1. Críticas *principlológicas*

**131.** As críticas *principlológicas* colocam em dúvida “a legitimidade do Judiciário” quando da efetivação dos direitos sociais<sup>773</sup>.

Dentre as críticas ditas *principlológicas*, citam-se, primeiramente, as críticas liberais. Elas desdobram-se em duas frentes.

##### 3.5.2.1.1.1. Críticas liberais

**132.** A primeira delas refere-se ao princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, diz-se que ao Judiciário cabe tão-somente a aplicação das normas postas pelo legislador. Não lhe toca estabelecer “a execução de políticas públicas”.

Esse tipo de crítica pode ser refutado com a afirmação de que o sistema de separação de poderes vigente no país impõe uma “complexa trama de implicações e de limitações recíprocas”, havendo previsão de um órgão exercer atribuições que comumente são exercidas por outro (vide artigos da CF/88: 47; 52, inciso I; 62; 102, inciso I, alínea a)<sup>774</sup>.

---

<sup>771</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 515. Vide acórdãos do STF, sobretudo, o AgrRE 271.286/RS e AgrRE 410.715/SP, ambos já citados no capítulo primeiro.

<sup>772</sup> Ibid., p. 516.

<sup>773</sup> Ibid., p. 519.

<sup>774</sup> Ibid., p. 520-521. Confronta-se o artigo 47 com o artigo 66 da CF/88. **Art. 47.** Salvo disposição

**133.** A outra crítica exposta pelo constitucionalismo liberal é a de que os direitos sociais não seriam verdadeiros direitos fundamentais. A ela poderia ser objetado, com fundamento no próprio liberalismo, de que os direitos sociais “são condições da liberdade”<sup>775</sup>. Logo, a efetivação dos direitos sociais implica a promoção das liberdades individuais, porquanto asseguram aos seus titulares “condições materiais para sua manifestação concreta”<sup>776</sup>.

### 3.5.2.1.1.2. Críticas democráticas

**134.** As críticas ditas democráticas também possuem caráter *principlológico*. Define-se a democracia como *governo do povo pelo povo*. Deste modo, as normas jurídicas são consideradas “democráticas” quando elaboradas pelos “próprios destinatários”, ou seja,

---

constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros. **Art. 66.** A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. No caso, para que uma lei passe a vigorar o projeto de lei deve ser aprovado pelo Legislativo e sancionado pelo Executivo. Já o artigo 52 estabelece que o Senado, apesar de ter competência precipuamente legislativa acaba tendo atribuição de órgão julgador (atividade originariamente do Judiciário) em alguns casos. **Art. 52.** Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99). *Ibid.*, Emenda Constitucional n. 23, de 02 de setembro de 1999. Altera os arts. 12, 52, 84, 91, 102 e 105 da Constituição Federal (criação do Ministério da Defesa). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc23.htm#art52i](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc23.htm#art52i)>. Acesso em: 23 jul. 2012, 12:38:46. Por seu turno, o artigo 62 prevê que o Presidente da República, apesar de ter competência precipuamente administrativa acaba tendo atribuição de órgão legislador (atividade originariamente do Legislativo) em alguns casos. **Art. 62.** Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001). *Ibid.*, Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm#art62](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm#art62)>. Acesso em: 23 jul. 2012, 12:40:17. Enfim, mesmo depois de aprovada uma lei o Judiciário pode fazer o seu controle de constitucionalidade. **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993). *Ibid.*, Emenda Constitucional n. 03, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art102ia](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art102ia)>. Acesso em: 23 jul. 2012, 12:46:28.

<sup>775</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 521. Neste sentido, vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** [Theorie der Grundrechte]. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª. Ed. Op. Cit. p. 503-504; TORRES, Ricardo Lôbo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLTET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Op. Cit. p. 5-7; RIBEIRO, Gustavo Moulin. A cidadania jurídica e a concretização da justiça. In: TORRES, Ricardo Lôbo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Op. Cit. p. 324-328.

<sup>776</sup> *Ibid.*, p. 522.

havendo identidade entre os “governantes e os governados”. Nesse contexto, a efetivação de direitos sociais pelo Poder Judiciário, cujos componentes não são eleitos, mas selecionados com base na meritocracia, não seria democrática. Conseqüentemente, em tal situação haveria um “governo de juizes” e não do povo<sup>777</sup>.

Entretanto, a esta crítica pode-se contrapor o argumento de que a atuação judicial na concretização dos direitos sociais pode ser de fundamental magnitude para assegurar às pessoas “condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente”. A garantia de condições mínimas de existência possibilita ao cidadão exercer materialmente (e não apenas formalmente) sua “participação política efetiva”, qualificando o “debate público”<sup>778</sup>.

**135.** Outro ponto discutido é que a *judicialização* da política representaria a imposição pelo Judiciário de sua ideologia particular, em contraponto com a “deliberação majoritária”. Novamente, pode-se objetar este ponto com o fato de que a efetivação de direitos sociais qualifica e dá contornos mais nítidos à democracia, visto que possibilita aos cidadãos o acesso a direitos e condições mínimas de existência<sup>779</sup>.

**136.** Uma última crítica que pode ser inserida nesse contexto concerne à avaliação de que a concretização de direitos sociais pelo Judiciário estabeleceria “relações sociais de clientela entre Estado e cidadãos”. Isto poderia desmobilizar a luta política, já que as pessoas poderiam escolher pela “busca individual de seus interesses”<sup>780</sup>.

A esta objeção pode-se opor o fato de que tal avaliação deve dar-se no plano concreto e não no abstrato. Por exemplo, pode-se invocar aqui o caso da distribuição de medicamentos aos portadores do vírus HIV que se deu por meio de movimentos sociais e não de forma individualizada. Esses movimentos e ações judiciais impulsionaram a ação governamental que, posteriormente, instituiu a distribuição de medicamentos aos

<sup>777</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 522. Vide, também: SARMENTO, Daniel. Proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 560-561.

<sup>778</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 523.

<sup>779</sup> Ibid., p. 523-524. Sobre a *judicialização* da política, vide: VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>780</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 524.

soropositivos como política pública<sup>781</sup>.

### 3.5.2.1.2. Críticas institucionais

**137.** Se as críticas *principiológicas* questionam a “legitimidade” do Poder Judiciário para atuar na efetivação dos direitos sociais, as críticas institucionais aludem a aspectos práticos oriundos das “decisões judiciais que determinam a entrega de bens e serviços”<sup>782</sup>.

Em relação a estas últimas críticas, destacam-se: a crítica financeira, a administrativa, a técnica, a econômica e a relativa à desigualdade de acesso à justiça.

#### 3.5.2.1.2.1. Crítica financeira

**138.** A crítica financeira concerne à escassez de recursos públicos, inviabilizando a concessão de direitos sociais sob a fórmula da denominada “reserva do possível”<sup>783</sup>.

O STF já se pronunciou sobre o tema da reserva do possível, asseverando que quando esta escusa for invocada pelo ente estatal caberá a ele comprovar a existência de “justo motivo objetivamente aferível” para, então, desincumbir-se da obrigação constitucional<sup>784</sup>.

Neste sentido, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45, agora, na íntegra:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO

---

<sup>781</sup> Ibid., p. 525.

<sup>782</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>783</sup> Ibid., p. 525-526.

<sup>784</sup> Ibid., p. 526.

ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.” O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) – supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: “Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: ‘Art.59. § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da

Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.’ (NR).” (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão – que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental – entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população deste País – recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a

Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se

mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a

cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris): “A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser

cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.” (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente argüição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro “não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)” (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo

em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)<sup>785</sup>.

Além disso,

a verificação da insuficiência dos recursos públicos deve, contudo, considerar não só o caso concreto, mas também a totalidade dos casos semelhantes. Deve-se ponderar se a decisão judicial seria exequível se a providência fosse universalizada. O governo não tem recursos para construir casas para todos os cidadãos brasileiros que não possuem moradia adequada, apesar de o custo de uma casa ser insignificante se comparado ao orçamento público. O parâmetro da universalização é fundamental para tornar a ação do Estado coerente e imparcial. Do contrário, apenas os cidadãos que obtiveram sucesso em suas ações judiciais teriam seus direitos sociais efetivados, invertendo-se a lógica igualitária subjacente aos direitos fundamentais. O problema torna-se mais grave em contextos como o brasileiro, em que os mais pobres tendem a ter menos acesso à justiça<sup>786</sup>.

Por fim, no que tange a contra-argumentar esta crítica, pode-se dizer que não são somente os direitos sociais que demandam recursos públicos para sua concretização, porém, igualmente, os direitos civis e políticos exigem despesas para sua efetivação, como é o caso, por exemplo, do aparato de segurança custeado pelo Estado a fim de assegurar a fruição do direito à posse pacífica, ou do custeio das casas legislativas para garantir os direitos políticos<sup>787</sup>.

<sup>785</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45**. Op. Cit.

<sup>786</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 526-527.

<sup>787</sup> Ibid., p. 527. Sobre essa temática, vide: HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Op. Cit. Part I; ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Op. Cit. p. 135-142.

### 3.5.2.1.2.2. Crítica administrativa

**139.** Por sua vez, a crítica administrativa diz respeito à suposição de que a “atuação judiciária” para a efetivação dos direitos sociais “desorganiza a Administração Pública”. Assim, por conta de tais decisões, os administradores passariam o tempo buscando atender demandas individuais ao invés de se aterem ao “planejamento e à execução de políticas públicas”<sup>788</sup>.

No tocante a esta crítica alega-se que cabe ao magistrado analisar as “consequências práticas de suas decisões”, sendo necessário, neste contexto, o “aprofundamento do diálogo institucional”. Mais adiante, alguns parâmetros para a atuação judicial serão propostos pelo autor e este tema será novamente abordado<sup>789</sup>.

### 3.5.2.1.2.3. Crítica técnica

**140.** A terceira crítica formulada no âmbito institucional é relativa à incapacidade técnica do Poder Judiciário na seara das “políticas públicas”. Elucidando-se, por exemplo, a Justiça não teria condições de saber se um medicamento é ou não efetivamente necessário para o tratamento de um litigante<sup>790</sup>.

Apesar de ser uma objeção importante à atuação judicial nesta área, pode-se refutá-la com o fato de que o Poder Judiciário poderá nomear peritos ou contar com o auxílio de terceiros, como os *amici curiae*, ou, ainda, determinar a realização de audiências públicas com a participação de “especialistas na matéria”<sup>791</sup>.

<sup>788</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 528. Neste sentido, vide: MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Pandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. In: **Revista de Saúde Pública**. v. 41, n. 01, São Paulo: Fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v41n1/15.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2012, 13:59:00.

<sup>789</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 529.

<sup>790</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 529-530. Neste sentido, vide: VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. In: **Revista de Saúde Pública**. v. 41, n. 01, São Paulo: Fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v41n2/5587.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2012, 14:04:15.

<sup>791</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos,**

Aduz-se que o juiz contemporâneo há de ter um “conhecimento multidisciplinar” para que seja preparado para julgar, dentre outras, questões atinentes a políticas públicas<sup>792</sup>.

Neste contexto, pode-se citar o caso GROOTBOOM ocorrido na África do Sul, concernente à exigibilidade judicial do direito constitucional à moradia<sup>793</sup>.

O fato é que várias pessoas (510 crianças e 390 adultos), dentre elas Irene Grootboom, por isso o nome do caso, residiam em uma favela denominada Wallacedene. Estas pessoas encontravam-se na lista de espera de um programa de habitação de baixo custo que seria subsidiado pelo governo. Apesar de inúmeras consultas nenhuma resposta definitiva foi dada. Imaginava-se, então, que ia ser uma longa espera. Confrontada com a perspectiva de permanecer em condições intoleráveis por tempo indeterminado, eles começaram a sair da Wallacedene no final de Setembro de 1998. Eles colocaram seus barracos e abrigos em terreno baldio que era propriedade privada e que tinha sido reservada para habitação de baixo custo. O proprietário do terreno ajuizou ação possessória obtendo ordem de reintegração de posse.

Então, eles pediram judicialmente uma ordem para que se exigisse do governo o fornecimento de abrigo básico adequado ou moradia até conseguissem alojamento permanente. A questão fundamental posta à Corte Constitucional era o Judiciário poderia obrigar o Estado a garantir o direito fundamental à moradia, ou seja, a *justiciabilidade* de

---

Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie. Op. Cit. p. 530. Neste sentido, o julgamento da ADI n. 3.510/DF foi precedido de audiência pública para tratar de temas relativos à Lei de Biossegurança. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510/DF**. Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.05.08. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3510%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcor daos>>. Acesso em 17 jul. 2012, 14:05:22.

<sup>792</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 531. Vide, também, sobre este tema: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Op. Cit. p. 159-161.

<sup>793</sup> COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Exploração. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 507. **ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. The Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others. Case CCT 11/00**, j. 04.10.00. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2798.PDF>>. Acesso em 23 jul. 2012, 11:49:04. Vide, também, em sentido convergente: Id. **Minister of Health and of the Republic of South Africa and Others v. Treatment Action Campaign and Others. Case CCT 8/02**, j. 05.07.02. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2378.PDF>>. Acesso em 23 jul. 2012, 11:49:04. Sobre estes e outros casos de exigibilidade judicial de direitos sociais na África do Sul, vide: CHRISTIANSEN, Eric C. Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a Corte Constitucional Sul-Africana. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 641-695.

um direito social, sendo que um dos empecilhos jurídicos postos era exatamente o aspecto técnico.

A decisão, em resumo, foi no sentido de que: (1) o Estado deveria conceber e efetivar, dentro de seus recursos disponíveis, um programa abrangente e coordenado progressivamente para realizar o direito de acesso à moradia adequada; (2) o programa deveria incluir medidas razoáveis, mas não necessariamente limitadas a elas, como aquelas contempladas no “Programa de Assentamento Dirigido” (*Accelerated Managed Land Settlement Programme*), propiciando certo alívio a pessoas que não tinham acesso à moradia e que viviam em condições inóspitas; (3) o programa então em vigor não atendia ao item anterior, porquanto não previu recursos razoáveis para resolver a situação das pessoas em condições inóspitas.

A questão técnica foi resolvida com determinação à *Human Rights Commission*, que atuava na condição de *amicus curiae*, de que monitorasse e avaliasse a observância dos direitos humanos na República, concedendo-lhe o poder de: (1) investigar e informar sobre a observância dos direitos humanos; e (2) tomar medidas para garantir uma reparação adequada aos direitos humanos que fossem violados. Em síntese, caberia à referida organização não governamental monitorar o programa de moradia que o Estado deveria implantar por ordem da decisão no presente caso.

#### 3.5.2.1.2.4. Crítica econômica

**141.** Prosseguindo, a crítica econômica baseia-se na “análise econômica do direito” que defende que as decisões judiciais não de ter em conta as suas consequências. Destarte, a “melhor decisão” seria aquela que produzisse os “melhores efeitos práticos” e não, necessariamente, a que coadunasse com as normas legais vigentes. Nesse contexto, o direito é entendido de forma pragmática, ou seja, ele (o direito) é visto não como um fim em si mesmo, mas como um meio utilizado para a realização de objetivos sociais<sup>794</sup>.

E a crítica segue no sentido de que a *judicialização* das políticas públicas seria um óbice à “maximização dos benefícios produzidos pelos investimentos públicos”, porquanto isso somente seria alcançado por meio de uma análise econômica que considerasse a

---

<sup>794</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 532.

relação custo-benefício entre os investimentos públicos e as políticas daí decorrentes<sup>795</sup>.

Como objeção a esta crítica pode-se mencionar que a “eleição das políticas públicas comparadas” é, geralmente, “arbitrária”. Cita-se, por exemplo, que uma política de distribuição de medicamentos pode ser adotada simultaneamente a uma política de índole preventiva, como é caso do saneamento básico. Ademais, tais políticas tendem a ser reputadas como mais relevantes que o custeio de festas de música, publicidade governamental ou “obras faraônicas”<sup>796</sup>.

Ainda, se a Administração Pública se pauta pelos investimentos sociais a “legitimidade” das opções pertinentes à adoção de políticas públicas que visem à concretização de direitos sociais resta reforçada, cabendo uma atuação mais firme do Judiciário quando o poder público afasta-se desses objetivos<sup>797</sup>.

Por fim, em relação ao argumento econômico, ao ser usado com o fito de “negar efetividade a direitos sociais”, entende-se que esse “utilitarismo” é “incompatível com a dignidade da pessoa humana”<sup>798</sup>.

#### 3.5.2.1.2.5. Crítica relativa à desigualdade de acesso à justiça

**142.** A última crítica refere-se à desigualdade em relação ao acesso à justiça, visto que, em regra, não há igualdade no acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário, o que ocorre pelos mais diversos motivos, ressaltando-se que a classe média é a predominante em ajuizamento de ações judiciais<sup>799</sup>.

A este argumento contrapõe-se que ele representa uma falácia, porque faz referência à “desigualdade de acesso” a fim de negá-lo (o acesso) a todos, aos cidadãos de classe média e aos pobres. Deste modo, deve-se investir na melhoria do acesso à justiça, com a organização da Defensoria Pública e do Ministério Público, além da advocacia voltada à defesa da “sociedade civil organizada”<sup>800</sup>.

---

<sup>795</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>796</sup> Ibid., p. 532-533.

<sup>797</sup> Ibid., p. 533.

<sup>798</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>799</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>800</sup> Ibid., p. 534.

### 3.5.2.2. Parâmetros para a concretização judicial dos direitos sociais

**143.** A partir da rejeição das críticas deve-se passar para os parâmetros a serem observados na concretização de direitos sociais por meio de atuação judicial. Esses parâmetros servem para balizar eventuais falhas na orientação jurisprudencial, sobretudo em casos de previsão constitucional de direitos sociais, já que em caso de regulamentação infraconstitucional caberá ao Judiciário determinar o cumprimento da normatização existente<sup>801</sup>.

Entre os parâmetros sugeridos há os materiais e os processuais. Dentro dos parâmetros materiais incluem-se: a legitimidade da atuação judicial, em regra, atrelada à esfera da *fundamentalidade* material; a legitimidade da atuação judicial limitada aos hipossuficientes; a possibilidade de universalização da medida; o dever de considerar o sistema de direitos sociais em sua unidade; a prioridade para a opção técnica da Administração; a prioridade para a solução mais econômica; e, enfim, a variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em políticas sociais. Já os parâmetros processuais abrangem: a prioridade para as ações coletivas; a legitimidade de decisões em ações individuais, em regra, apenas nas hipóteses de (a) dano irreversível e de (b) inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo administrador, em lei ou programa já instituído; a atribuição do ônus da prova de não tem recursos à Administração; e, por fim, a ampliação do dialogo institucional.

#### 3.5.2.2.1. Parâmetros materiais

**144.** Os dois primeiros parâmetros materiais dizem respeito à legitimidade da atuação judicial, sendo um deles voltado à limitação da atuação à “esfera da *fundamentalidade* material” e o outro à restrição da intervenção aos casos de “hipossuficiência”.

---

<sup>801</sup> Ibid., p. 534-535.

#### 3.5.2.2.1.1. Limitação da legitimidade da atuação judicial à esfera da fundamentalidade material

**145.** No primeiro sentido, diz-se que “a atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve circunscrever-se à garantia das ‘condições necessárias’ para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública)”<sup>802</sup>.

Não se confunde esse critério com a teoria do mínimo existencial, que se baseia, para alguns, na garantia das condições mínimas de existência para o exercício do direito de liberdade, e, para outros, na asseguarção da dignidade humana, reduzida a condições de subsistência<sup>803</sup>.

Nesse contexto, então, pode-se dizer que a atuação judicial para concretizar direitos sociais dever-se-ia limitar à garantia do mínimo razoável para a existência humana, não se lhe coibindo a intervenção acima disto, contudo, nesse caso, a atuação ocorreria sob a “reserva de lei”<sup>804</sup>.

Entretanto, assevera-se que a atuação judicial não deve ser minimalista, e, sim, voltada à efetivação das “condições necessárias” (e não “condições mínimas”) para que cada cidadão “possua igual possibilidade de realizar um razoável projeto de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública). A fundamentalidade material dos direitos sociais engloba não só os ‘meios de subsistência’, mas também a ‘igualdade de meios para agir’”<sup>805</sup>.

#### 3.5.2.2.1.2. Limitação da legitimidade da atuação judicial aos casos de hipossuficiência

**146.** O segundo parâmetro material concerne à legitimidade da atuação judicial, com restrição da intervenção aos casos de “hipossuficiência”. Em decorrência da escassez de recursos há de se colocar em primeiro plano a concretização dos direitos sociais para as

---

<sup>802</sup> Ibid., p. 535.

<sup>803</sup> Ibid., p. 535-536.

<sup>804</sup> Ibid., p. 536-537.

<sup>805</sup> Ibid., p. 537. Vide, também: LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, n. 122, abr/jun, 1994. p. 255-265.

pessoas hipossuficientes. A hipossuficiência deve ser aferida no caso concreto, porquanto, mesmo que uma pessoa não seja pobre, mas que não seja provida de recursos suficientes para arcar com as prestações sociais sem prejuízo do próprio sustento ela haverá de ser considerada, no caso, como hipossuficiente<sup>806</sup>.

Assim sendo, “os direitos sociais prestacionais só são exigíveis perante o Judiciário quanto os seus titulares são incapazes de arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas”<sup>807</sup>.

### 3.5.2.2.1.3. Parâmetro relativo à possibilidade de universalização da medida

**147.** O terceiro parâmetro sugerido refere-se à possibilidade de universalização da medida. Esse parâmetro pode ser enunciado da seguinte forma: “os direitos sociais só são judicialmente exigíveis quando a prestação requerida for passível de universalização entre

---

<sup>806</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 539. Neste sentido, vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento (AI) n. 238.328-0/RS.** Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, j. 16.11.99. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+238328%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+238328%2EACMS%2E%29&base=baseAcordeaos>>. Acesso em: 18 jul. 2012, 20:00:35. EMENTA: COMPETÊNCIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRÂNSITO DO EXTRAORDINÁRIO. A teor do disposto no § 2º do artigo 544 do Código de Processo Civil, cabe ao relator proferir decisão em agravo de instrumento interposto com a finalidade de alcançar o processamento do extraordinário. O crivo do Colegiado ocorre uma vez acionada a norma do artigo 545, também do Código de Processo Civil, no que previsto agravo inominado contra a decisão prolatada. SAÚDE - PROMOÇÃO - MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. E também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança (RMS) n. 13.452/MG.** Rel. Min. Garcia Vieira, j. 13.08.02. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num\\_registro=200100890152&data=7/10/2002](https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=200100890152&data=7/10/2002)>. Acesso em: 18 jul. 2012, 20:02:46. EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. OBJETIVO: RECONHECIMENTO DO DIREITO DE OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO DE RETARDO MENTAL, HEMIATROPIA, EPILEPSIA, TRICOTILOMANIA E TRANSTORNO ORGÂNICO DA PERSONALIDADE. DENEGACÃO DA ORDEM. RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 6º E 196 DA CF). PROVIMENTO DO RECURSO E CONCESSÃO DA SEGURANÇA. I - É direito de todos e dever do Estado assegurar aos cidadãos a saúde, adotando políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e permitindo o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (arts. 6º e 196 da CF). II - Em obediência a tais princípios constitucionais, cumpre ao Estado, através do seu órgão competente, fornecer medicamentos indispensáveis ao tratamento de pessoa portadora de retardo mental, hemiatrofia, epilepsia, tricotilomania e transtorno orgânico da personalidade. III - Recurso provido.

<sup>807</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 539. Vide, também: SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 576.

os que não podem arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas”<sup>808</sup>.

Isto porque a concessão de bens materiais e prestações sociais a toda e qualquer pessoa hipossuficiente deve levar em consideração a possibilidade de universalização da medida, sob pena de violação ao princípio da isonomia<sup>809</sup>.

<sup>808</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie**. Op. Cit. p. 540-541.

<sup>809</sup> Ibid., p. 540. Neste sentido, vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança (SS) n. 3.073/RN**. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 09.02.07. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESCLA%2E+E+3073%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 19 jul. 2012, 14:17:46. Decisão: 1. O Estado do Rio Grande do Norte, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348/64, requer a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no TJ/RN, que determinou àquele ente federado o fornecimento dos medicamentos Mabithera (Rituximabe) + Chop ao impetrante, paciente portador de câncer, nos moldes da prescrição médica. O requerente sustenta, em síntese: a) inadequação do mandado de segurança, pois, "em caso de pedido de medicamentos, é necessária perícia que verifique a plausibilidade da indicação médica feita pelo médico particular" (fl. 5); b) ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, porquanto a liminar impugnada viola o princípio da legalidade orçamentária (Constituição da República, art. 167), certo que "o Estado não tem previsão orçamentária para suprir a população com todos os medicamentos que esta demanda, não podendo arcar com o provisionamento integral de fármacos de que necessite cada cidadão residente no território estadual" (fl. 10). Nesse contexto, ressalta a necessidade de observância da cláusula da reserva do financeiramente possível e o fato de que os medicamentos requeridos não estão inseridos no âmbito do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, estabelecido, por intermédio do Poder Executivo, conjuntamente pela União, Estados e Municípios; c) impossibilidade de o Poder Judiciário "c) impossibilidade de o Poder Judiciário "desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto" (fl. 12). Além disso, aduz que não se nega a fornecer todo e qualquer medicamento ao impetrante, apenas propõe a indicação de outros similares, uma vez que o medicamento solicitado não se encontra relacionado na lista do Ministério da Saúde; d) caráter experimental do medicamento pleiteado (Rituximabe), o qual se encontra em estudo "em razão de pesquisas haverem concluído que ele proporciona o aparecimento de hepatite nos pacientes que o utilizam" (fl. 15). 2. A Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte determinou a remessa dos autos a esta Corte (fls. 36-38). 3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 45-46). 4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 6º e 196 da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. 5. A Lei 4.348/64, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o

#### 3.5.2.2.1.4. Sistema uno

**148.** O quarto aspecto é o da consideração do sistema de direitos sociais de forma una, porquanto a “concretização judicial de direitos sociais deve considerá-los como unidade, de modo a garantir condições dignas de vida para os hipossuficientes, não necessariamente a observância de cada direito social em espécie”<sup>810</sup>.

#### 3.5.2.2.1.5. Opção técnica

**149.** O quinto parâmetro a ser examinado é o da priorização da opção técnica para a Administração. Isto porque se entende que a Administração Pública possui “capacidades institucionais” mais apropriadas que o Judiciário para fazer as escolhas. A solução técnica da Administração deve ter sido prevista em alguma forma de política pública adotada ou elaborada em período anterior ao ajuizamento da demanda judicial. Enuncia-se este parâmetro no sentido de que “quando há divergência entre a solução técnica previamente apresentada pela Administração e a apresentada pelo demandante, a primeira tem prioridade *prima facie* sobre a segunda”<sup>811</sup>.

#### 3.5.2.2.1.6. Opção mais econômica

**150.** O sexto parâmetro considerado refere-se à opção pela “solução mais econômica, dentre as eficazes”<sup>812</sup>.

---

Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, “o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo” (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

<sup>810</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 541.

<sup>811</sup> Ibid., p. 542. Neste sentido, vide: **ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. Minister of Health and of the Republic of South Africa and Others v. Treatment Action Campaign and Others. Case CCT 8/02.** Op. Cit.

<sup>812</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 542. No mesmo sentido, vide: BARROSO, Luís

### 3.5.2.2.1.7. Variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em políticas sociais

**151.** Enfim, o último dos parâmetros materiais preconiza que o Judiciário deve ser mais flexível com a Administração Pública quando ela “investe consistentemente em direitos sociais” e executa “efetivamente o orçamento”. Por outro lado, a atuação judicial há de ser mais incisiva em caso contrário, ou seja, quando a Administração não realiza tais “investimentos”<sup>813</sup>.

### 3.5.2.2.2. Parâmetros processuais

#### 3.5.2.2.2.1. Prioridade para as ações coletivas

**152.** No que tange aos denominados parâmetros processuais impõe-se, primeiramente, a prioridade para as ações coletivas. São muitos os motivos para a preferência pelas ações coletivas<sup>814</sup>:

(a) as decisões proferidas no âmbito de ações coletivas garantem a universalização da prestação. Não são atendidos apenas os envolvidos diretamente no processo, mas todos aqueles que se encontrem nas mesmas condições;

(b) as decisões proferidas nas ações coletivas desorganizam menos a Administração Pública. É claro que podem alterar os rumos da atuação administrativa, fazendo com que esta deixe de realizar determinada política para executar outras. Mas não haverá centenas de decisões particulares que condicionem, desordenadamente, a atuação do administrador;

(c) nas ações coletivas, é possível discutir com o cuidado necessário os aspectos

---

Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2012, 14:28:14.

<sup>813</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais:** Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie. Op. Cit. p. 543.

<sup>814</sup> Ibid., p. 543-544. Vide, também: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais:** Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Op. Cit. p. 161-166.

técnicos envolvidos. Antes de ajuizar ação civil pública, o Ministério Público pode instaurar inquérito civil, no qual os aspectos técnicos pertinentes podem ser devidamente examinados;

(d) a priorização das ações coletivas estimula que o cidadão se mobilize para a atuação política conjunta, sobretudo através de associações da sociedade civil;

(e) A priorização de ações coletivas evita que apenas cidadãos que possuam um acesso qualificado à justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais;

(f) nas ações coletivas, é possível analisar, de modo mais preciso, o impacto da política no orçamento.

### 3.5.2.2.2.2. Demandas individuais em casos específicos

**153.** Considerando-se todos os aspectos acima ventilados em relação à predileção pelas ações coletivas, o segundo parâmetro processual diz respeito à aceitação das demandas individuais somente nos casos em que alternativamente haja possibilidade de dano irreversível<sup>815</sup>, ou, então, a inobservância pelo Administrador de direitos previstos em

---

<sup>815</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição (Pet) 1246 MC/SC**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.01.97. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+1246%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 20 jul. 2012, 13:32:34. Decisão: A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30). O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense - longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76). Vide, também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança (RMS) n. 11.183/PR**. Op. Cit. Id. **Recurso Especial (REsp) n. 840.782/RS**. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 08.08.06. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600870827&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 20 jul. 2012, 13:50:15. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, § 3º E 461, § 5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE

lei instituidora de política pública. Neste último caso, por exemplo, se o Administrador não distribui medicamento cuja distribuição estiver prevista em lei<sup>816</sup>.

#### 3.5.2.2.2.3. Atribuição do ônus da prova da carência de recursos à Administração

**154.** O terceiro parâmetro processual ponderado é o da “atribuição do ônus da prova de que não tem recursos à Administração”. Por óbvio, o “argumento da reserva do possível” não pode ser aceito sem qualquer comprovação e de forma abstrata, cabendo àquele que o alegou o ônus de comprová-lo<sup>817</sup>.

#### 3.5.2.2.2.4. Ampliação do diálogo institucional

**155.** Por fim, o quarto e último parâmetro processual a ser avaliado concerne à “ampliação do diálogo institucional”, porquanto “a judicialização das políticas sociais depende de decisões construídas mais horizontalmente, a partir da interlocução permanente entre magistrados, administradores, técnicos, universidade e associações da sociedade civil”<sup>818</sup>.

### **3.6. DIREITO DO TRABALHO, DIREITO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**156.** Este capítulo teve como finalidade demonstrar a intrínseca relação entre o Direito do Trabalho, o Direito Social e os direitos fundamentais. Observou-se que a questão social advinda das condições de existência vigentes após a Revolução Industrial impulsionou as lutas sociais por melhorias.

---

PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO.

<sup>816</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 545.

<sup>817</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>818</sup> Ibid., p. 546. Vide, também: SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização, e Direitos Sociais em Espécie.** Op. Cit. p. 582-585.

Dentre as condições inóspitas incluíam-se as de trabalho, com extenuantes jornadas e a exploração do trabalho feminino e de crianças. A reação a este quadro fático veio de diversas formas, sendo que a mais rudimentar foi contra as máquinas (Luddismo).

Em seguida, houve a luta pela liberdade de associação que era então vedada por normas contrárias ao coletivismo, oriundas da oposição às corporações de ofício. O Reino Unido foi lugar onde primeiro se conquistou a liberdade de associação, que serviria, posteriormente, para incrementar as diversas lutas sociais por melhores condições de trabalho.

A primeira metade do século XIX foi de grande agitação na Europa. No Reino Unido foi durante este período que se logrou êxito na busca pelo direito de livre associação. Na mesma nação o *Cartismo* representou a luta da classe trabalhadora por direitos políticos. Logo, brigava-se não somente por melhorias do ponto de vista econômico (melhores condições de trabalho), mas também no âmbito político (direitos políticos).

A Primavera dos Povos refere-se a várias revoluções ocorridas no continente europeu em 1848, tendo sido marcadas por características comuns: elas foram vitoriosas e derrotadas de forma rápida; basicamente, elas eram revoluções sociais dos trabalhadores pobres, o que também pode explicar o seu fracasso; o ímpeto foi mantido somente onde havia radicais fortes para empurrarem os moderados para “frente” ou para fazer a revolução sem estes; diante das revoluções a burguesia preferiu unir-se às forças conservadoras, temendo que algo ocorresse com o direito de propriedade.

Na França a revolução propiciou a edição de leis trabalhistas relativas à jornada de trabalho, à questão do desemprego (criação de Oficinas Nacionais), o trabalho feminino e infantil, a abolição da intermediação de mão-de-obra (*marchandage*). A refração do movimento naquele país ocorreu em 1851, quando Louis Bonaparte assumiu o poder por meio de um golpe de Estado e se tornou imperador da França sob o título de Napoleão III.

O terceiro quarto do século XIX foi de grande expansão do capitalismo e alguns países passaram a ser considerados economias industriais. Nesta mesma época os trabalhadores criaram a *Associação Internacional de Trabalhadores*, pregando a “necessidade da luta comum de classes por parte dos trabalhadores” como forma de contraposição ao capital. Além disso, ela passou a exigir políticas estatais no sentido da proteção do trabalho de mulheres e crianças e da “limitação da jornada de trabalho a oito horas”. A ideia era de transformar o poder político, que era desfavorável à classe trabalhadora, em seu “próprio agente”.

Em 1870 houve o primeiro governo operário da história, a Comuna de Paris, desdobramento da Guerra Franco-Prussiana. Na verdade, sua importância é mais simbólica do que prática, pois foi um governo de curta duração que não conseguiu realizar aquilo que prometera exatamente por falta de tempo hábil.

Este período encerra-se com a criação da *Segunda Internacional*, que representou uma nova fase no movimento operário europeu com a criação dos “partidos trabalhistas nacionais nos países europeus, sua união no seio da Segunda Internacional e a ascensão dos sindicatos também no continente”.

O último quartel do século XIX apresenta um novo mundo, global, com países ricos e pobres; o aparecimento de Estados-nação, além de lutas por independências nacionais; a disparidade na educação dos países desenvolvidos quando comparada à dos pobres; o avanço tecnológico foi imenso; o uso da explicação biológica para a desigualdade.

**157.** A par disso tudo, houve o crescimento dos partidos trabalhistas na Europa e também da legislação de caráter social, por exemplo, com a implantação dos seguros sociais na Alemanha de Bismarck. Outras leis sociais foram editadas por diversos países, destacando-se os seguintes temas: jornada de trabalho; proteção do trabalho da mulher e do menor; liberdade de associação, com o reconhecimento dos acordos coletivos de trabalho; leis sobre acidentes do trabalho e seguros sociais.

Neste contexto, a *Segunda Internacional* teve o mérito de conseguir articular o movimento trabalhista e os partidos socialistas de vários países industrializados em torno de objetivos comuns, fortalecendo a luta e conquistando novos direitos.

**158.** A *Era dos Impérios* termina com a eclosão da Primeira Guerra Mundial. Durante este conflito foi deflagrada a Revolução Russa de 1917, uma resposta operária ao capitalismo e que acabou impulsionando a transmutação do Estado de Direito em Estado Social, com o estabelecimento de normas de caráter social.

O primeiro grande conflito mundial acabou com a assinatura do Tratado de Versalhes, que, dentre as condições impostas à Alemanha, previu a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), vinculada à também instituída Liga das Nações, organização incumbida de manter a paz mundial.

Inclusive, o preâmbulo do instrumento de criação da OIT preceituou que estabelecer condições de trabalho dignas para as partes contratantes contribuiria para a justiça social e a paz universal. Ainda, pregou a regulamentação da jornada de trabalho, de um salário que assegurasse condições dignas de existência, de mecanismos governamentais

e seguros contra o desemprego e outras contingências, como enfermidades e acidentes do trabalho, tutela do trabalho dos menores e das mulheres, previdência social para assegurar pensões e aposentadorias em caso de velhice e de invalidez, o trabalho do estrangeiro, a liberdade sindical, entre outros.

Após a sua implantação, a OIT passou a aprovar extensa normatização sobre condições de trabalho, acerca de vários temas, como: duração do trabalho; desemprego; proteção da maternidade; trabalho do menor; indenização para despedida sem justa causa; trabalho dos marítimos; direito de associação; segurança e saúde do trabalho; trabalho noturno; trabalho forçado; agências de colocação; trabalho da mulher; e trabalho do migrante.

Ademais, o artigo 427, do Tratado de Versalhes, ainda no contexto da criação da OIT, estabelece que o trabalho não pode ser uma mercadoria, determinando a sua proteção por meio de normas jurídicas que deveriam ser aprovadas pelos Estados, ressaltando alguns princípios: a liberdade de associação, o salário digno, a jornada de trabalho de oito horas, a adoção de um dia de descanso semanal, preferencialmente no domingo, a vedação do trabalho do menor, prevendo o seu direito à educação, a isonomia salarial, além da proteção de tais normas por meio de um serviço de inspeção do trabalho.

Destarte, o Direito do Trabalho passa a ganhar corpo, não obstante a legislação trabalhista remonta a um período anterior, no século XIX.

**159.** Paralelamente, na segunda década do século XX a questão social passou a ser constitucionalizada, e as primeiras Cartas que se imiscuíram neste assunto foram as Constituições do México, de 1917, e de Weimar, editada em 1919.

A Mexicana regulamentava, detalhadamente, direitos trabalhistas, tais como: jornada de trabalho de oito horas; trabalho noturno; idade mínima de admissão ao trabalho de quatorze anos; descanso semanal; proteção ao trabalho da mulher; salário mínimo; isonomia salarial; proteção do salário; participação nos lucros; horas extras com valor superior ao da hora normal; direito de moradia; formação profissional; proteção contra acidentes do trabalho; segurança e saúde do trabalho; direito de associação; direito de greve; órgão incumbido de resolver os conflitos do trabalho; indenização por despedida sem justa causa; agências de colocação gratuitas; trabalho do estrangeiro; e seguros sociais, entre outros.

A Carta alemã previu diversos direitos sociais e teve sua magnitude pelo fato de ter sido adotada por um país que se encontrava entre os Estados desenvolvidos europeus. Ela representou, ainda que teoricamente, uma alteração na postura do Estado no que concerne

aos problemas sociais, sobretudo em relação às condições sociais e de trabalho da época.

**160.** Após a Segunda Guerra Mundial foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), em substituição à Liga das Nações. A ONU tem a incumbência de assegurar a paz mundial, contando com diversas organizações internacionais nas mais variadas áreas, sendo que a OIT permanece sendo a entidade encarregada das questões trabalhistas.

Três anos depois da implantação da ONU foi editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), contendo princípios que devem reger as relações entre os povos e também direitos da mais alta magnitude para a preservação da humanidade.

Dentre os temas da Declaração podem ser destacados, para os efeitos deste estudo, o que segue: liberdade e igualdade (artigos I a III); vedação ao trabalho escravo e ao tráfico de escravos (artigo IV); não-discriminação (artigo VII); liberdade de associação (artigo XX); direitos econômicos, sociais e culturais (artigo XXII); direito ao trabalho em condições justas e favoráveis, liberdade de profissão, proteção contra o desemprego, isonomia salarial, salário mínimo, direito de fundar sindicatos (artigo XXIII); lazer, repouso, duração de trabalho (artigo XXIV); direitos sociais, como alimentação, vestuário, habitação, saúde, seguros sociais, proteção à maternidade e à infância (artigo XXV); direito à educação (artigo XXVI); direitos culturais (artigo XXVII)<sup>819</sup>.

O Pacto de Direitos Cívicos e Políticos abarca, dentre outros temas, os seguintes, com relevância para este trabalho: igualdade (artigo 3º); vida (artigo 6º); vedação à escravidão e à servidão (artigo 8º); liberdade de associação e de fundação de sindicatos (artigo 22); proteção da família e da criança (artigos 23 e 24); não-discriminação (artigos 25 e 26)<sup>820</sup>.

Já o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê, dentre as diversas disposições, as seguintes: igualdade (artigo 3º); direito ao trabalho, liberdade de profissão e formação profissional (artigo 6º); condições justas de trabalho, abrangendo salário mínimo, isonomia salarial, meio ambiente do trabalho sadio e seguro, lazer, repouso, duração do trabalho (artigo 7º); liberdade de associação, de fundação de sindicatos, e de greve (artigo 8º); segurança social (artigo 9º); proteção da família e da criança (artigo 10); direitos sociais, como alimentação, vestuário, saúde, e educação (artigos 11 a 14); direitos culturais (artigo 15)<sup>821</sup>.

No âmbito internacional não pode haver dúvida quanto à ligação do Direito do

<sup>819</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Op. Cit.

<sup>820</sup> Id. **Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966)**. Op. Cit.

<sup>821</sup> Id. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)**. Op. Cit.

Trabalho com os direitos sociais e fundamentais. Do ponto de vista do direito pátrio não é diferente.

**161.** A Constituição Federal de 1988, amplamente abordada nestes dois primeiros capítulos, estabelece, no seu Título II, os “Direitos e Garantias Fundamentais”. Este Título é subdividido em cinco Capítulos: I – Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (artigo 5º); II – Direitos Sociais (artigos 6º a 11); III – Direitos de Nacionalidade (artigos 12 e 13); IV – Direitos Políticos (artigos 14 a 16); e V – Partidos Políticos (artigo 17).

Ou seja, a norma da mais alta hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro confere aos direitos sociais a condição de direitos fundamentais, o que decorre da concepção histórica, internacional e doutrinária sobre a matéria. E no âmbito dos direitos sociais, continua a Carta Magna, no seu artigo 6º, arrolando-os como sendo a “educação, a saúde, a alimentação, 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”<sup>822</sup>.

E os direitos trabalhistas foram positivados nos dispositivos subsequentes: artigo 7º (proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa; seguro-desemprego; fundo de garantia do tempo de serviço; salário mínimo, piso salarial e salário profissional; proteção ao salário; décimo terceiro salário; participação nos lucros e resultados; salário-família; normas sobre a duração do trabalho; repouso semanal e férias; licenças em caso de maternidade e paternidade; proteção do mercado de trabalho da mulher; aviso prévio proporcional; normas de segurança e saúde do trabalho; aposentadoria; assistência aos filhos dos trabalhadores; reconhecimento das negociações coletivas; proteção em face da automação; seguro contra acidentes do trabalho; e não-discriminação), 8º (direitos sindicais), 9º (direito de greve), 10 (direito de participação em nos colegiados de órgãos públicos em que os interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação), e 11 (direito de participação na empresa)<sup>823 824</sup>.

Portanto, não pode haver dúvida de que o Direito do Trabalho faz parte dos direitos sociais e fundamentais, ao menos do ponto de vista formal.

**162.** Mas no aspecto material isto também se confirma.

O Direito do Trabalho, como visto alhures, foi historicamente afirmado e reafirmado por meio do reconhecimento de direitos sociais como decorrência das lutas

<sup>822</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda Constitucional n. 64, de 04 de fevereiro de 2010. Op. Cit.

<sup>823</sup> Id. **Constituição (1988)**. Op. Cit.

<sup>824</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre cada um destes direitos constitucionais trabalhistas, vide: SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 4ª. Ed. São Paulo: Renovar, 2009.

empreendidas pelo movimento operário.

O Direito Social é um ramo do Direito que abrange os diversos direitos sociais de que tanto se falou neste estudo. O Direito Social abrange *sub-ramos* que concernem à proteção de pessoas em situação de hipossuficiência<sup>825</sup>.

Mais precisamente, o Direito Social pressupõe

a análise valorativa dos problemas identificados na sociedade capitalista a partir do postulado da necessidade de preservação e elevação da condição humana, **tendo como método o olhar das pessoas que se encontram em posição economicamente débil no seio da sociedade, ou de alguma forma fragilizadas, em razão das limitações culturais que se produzem socialmente**, embora, quanto aos efeitos, não se limite, exclusivamente, a tais pessoas, visto que a racionalidade provocada se irradia ao Direito como um todo, já que o capitalismo é, em última análise, um modelo de sociedade que acaba se introduzindo no próprio inconsciente das pessoas, as quais, desse modo, tendem a reproduzir sua lógica. O Direito Social, a partir desse olhar, objetiva a formulação das coerções eficientes para impor limites necessários às relações capitalistas, visualizando a superação das injustiças sociais geradas<sup>826</sup> (grifos do original).

Dos *sub-ramos* acima ventilados, destacam-se, para os fins desta tese, o Direito do Trabalho e a Segurança Social ou Seguridade Social, abrangendo a Previdência Social, a Saúde e Assistência Social.

O Direito do Trabalho, como salientado ao longo deste capítulo, está relacionado com as lutas operárias por reconhecimento de direitos que acabam sendo instrumentalizados em leis trabalhistas.

Logo, o Direito do Trabalho é produto do sistema capitalista de produção, atendendo a reivindicações proletárias no sentido de retificar as distorções econômico-sociais oriundas do sistema, conferindo “certa civilidade” a esta relação de poder existente entre empregado e empregador<sup>827</sup>.

Na definição lapidar de SOUTO MAIOR, o Direito do Trabalho é concebido

<sup>825</sup> CESARINO JR., A. F. **Direito Social Brasileiro**. v. 1. Op. Cit. p. 43-49.

<sup>826</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 561.

<sup>827</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª. Ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 81.

como sendo o ramo de Direito (Social) composto de normas dinâmicas, extraídas de regras e princípios historicamente instituídos, que, integrado ao patrimônio jurídico da classe trabalhadora e direcionado pelo Estado (Social), organiza o modelo de produção capitalista, regulando as relações de emprego, consideradas pelo aspecto da exploração do capital sobre o trabalho, numa perspectiva nacional e internacional, com vistas a limitar os interesses econômicos para preservar a paz mundial e construir a justiça social por meio da instrumentalização da melhoria progressiva das condições de trabalho e de vida dos trabalhadores, legitimando a atuação política destes, promovendo a solidariedade, impulsionando a democracia e proporcionando a distribuição da riqueza produzida, além de favorecer o exercício da ética e o desenvolvimento da racionalidade necessária para a preservação e a elevação da condição humana (dignidade humana)<sup>828</sup> (grifos do original).

Mais concisamente, o Direito do Trabalho como instrumento de justiça social<sup>829</sup>.

E o Direito do Trabalho concebido neste contexto de instrumentalização da justiça social apresenta notória relação com os direitos sociais, que foram amplamente estudados neste trabalho. Efetivar a justiça social implica elevar os níveis de existência humana, em síntese, concretiza-se o princípio da dignidade humana.

Neste contexto, relembra-se a abordagem dos direitos fundamentais como sendo os direitos do homem (aspecto subjetivo) voltados à materialização da dignidade humana (aspecto objetivo). Destarte, o Direito do Trabalho é um desdobramento dos direitos fundamentais, uma forma de concretizar direitos fundamentais no seio de uma determinada relação jurídica, a relação de emprego.

E a interpretação e aplicação de um ramo do Direito não pode desprender-se de sua origem histórica. Pelo contrário. A gênese do Direito ou de um instituto específico há de ser levada em consideração quando da interpretação e aplicação deste Direito ou do instituto. Esta temática já foi abordada antanho.

E esta concepção de que a história do Direito ou do instituto não pode ser desprezada confirma-se com os princípios de determinado ramo do Direito. No caso do Direito do Trabalho, por exemplo, há princípios que não de ser considerados na interpretação e aplicação deste Direito e que apresentam íntima relação com a origem do

---

<sup>828</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. v. I. Parte I. Op. Cit. p. 620-621.

<sup>829</sup> *Ibid.*, p. 621. Vide, também: Id. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: LTr, 2000. p. 244-270.

Direito do Trabalho.

**163.** A doutrina elenca diversos princípios do Direito do Trabalho, mas pode-se dizer que somente em relação a quatro deles há algo próximo da unanimidade: princípio protetor, da irrenunciabilidade, da continuidade da relação de emprego, e da primazia da realidade. Há autores que relacionam outros princípios, que não serão abordados neste trabalho<sup>830</sup>.

O princípio protetor<sup>831</sup> pode ser desdobrado em três *subprincípios*: (a) *in dubio pro operario*; (b) norma mais favorável; e (c) condição mais benéfica.

No primeiro caso, o *subprincípio* do *in dubio pro operario*, preconiza que em caso de existência de várias interpretações ou sentidos possíveis de uma determinada norma jurídica, deve prevalecer a interpretação ou sentido mais favorável ao trabalhador<sup>832</sup>.

O segundo *subprincípio* é o da norma mais favorável que significa que, em dado contexto, havendo mais de uma norma jurídica com possibilidade de aplicação na relação de emprego há de se preferir a norma que traga uma situação mais favorável ao trabalhador<sup>833</sup>.

Para aferição da norma mais favorável há três critérios: (1) a acumulação, que prevê a verificação de item por item de cada norma, aplicando-se em alguns uma norma e em outras situações a outra norma, perdendo-se o conjunto; (2) o *conglobamento*, que se refere à análise global de cada norma em confronto, aplicando-se aquela que no geral é mais favorável ao trabalhador; e (3) a acumulação por instituto, uma forma mista, que preconiza a comparação por institutos, podendo ser aplicada determinada mais favorável em um instituto *x*, mas, quando for desfavorável em um instituto *y* a norma mais favorável neste último é que prevalecerá<sup>834</sup>.

<sup>830</sup> Sobre os princípios do Direito do Trabalho, vide, entre outros: RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho** [Los principios del derecho del trabajo]. Tradução Wagner D. Giglio. 3ª. Ed. Atual. São Paulo: LTr, 2002; DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001; RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do Direito do Trabalho** [Los principios del derecho del trabajo]. Tradução Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

<sup>831</sup> Sobre o princípio protetor, vide: RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho** Op. Cit. p. 83-107; RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 9-14.

<sup>832</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. Op. Cit. p. 295. Vide, também: RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho** Op. Cit. p. 107-122; RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 14-20.

<sup>833</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. Op. Cit. p. 296. Vide, também: RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho** Op. Cit. p. 123-131; RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 20-26.

<sup>834</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. Op. Cit. p. 296-297.

De qualquer forma, não se pode olvidar a hierarquia das normas constitucionais e também a regra da especialidade (exemplo: leis de uma determinada profissão regulamentada sobre leis gerais).

Por fim, ainda no contexto do princípio protetor, o *subprincípio* da condição mais benéfica preceitua que uma lei posterior não pode reduzir as condições de uma norma anterior já auferida pelo trabalhador<sup>835</sup>.

Prosseguindo, o princípio da irrenunciabilidade significa que o empregado não pode “privar-se” dos direitos concedidos pela legislação trabalhista que lhe tragam benefícios próprios<sup>836</sup>. Neste sentido, o artigo 468 da CLT estabelece a nulidade de alterações contratuais desfavoráveis ao trabalhador, pressupondo que estas mudanças por serem desfavoráveis decorrem de pressão (ou coação) do empregador.

O princípio da primazia da realidade decorre da premissa que guia o princípio anterior. Se não se pode aceitar a renúncia de direitos, porque se presume que ela é uma manifestação de vontade viciada, há de prevalecer a realidade dos fatos sobre a sua forma. Destarte, se a realidade apontar para algo diferente de uma vontade manifestada em determinado documento, há de prevalecer aquele em detrimento deste<sup>837</sup>.

Enfim, o último princípio a ser abordado é o da continuidade da relação de emprego que é instrumentalizado em seis aspectos: (1) preferência por contratos por prazo indeterminado; (2) possibilidades de transformação do contrato; (3) facilidade para a manutenção do contrato, conquanto haja hipóteses de nulidade; (4) restrições ao direito patronal de rescisão unilateral do contrato por sua vontade; (5) interpretação das interrupções contratuais como simples suspensões; e (6) manutenção dos contratos em caso de sucessão de empregadores<sup>838</sup>.

---

<sup>835</sup> Ibid., p. 297. Vide, também: RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho** Op. Cit. p. 131-139; RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 26-28.

<sup>836</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. Op. Cit. p. 298. Vide, também: RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho** Op. Cit. p. 141-238; RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 29-53.

<sup>837</sup> Em sentido convergente, vide: MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. Op. Cit. p. 295. Vide, também: RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho** Op. Cit. p. 339-389.

<sup>838</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. Op. Cit. p. 300-301. Vide, também: RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho** Op. Cit. p. 239-338; RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do Direito do Trabalho**. Op. Cit. p. 54-79.

## **4. ATUAÇÃO PREVENTIVA EM DEFESA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **4.1. INTRODUÇÃO**

**164.** O que se pretende nesse capítulo é fazer uma ligação entre os direitos sociais, mormente o Direito do Trabalho, com o Direito Ambiental. É sabido que todos esses ramos do Direito são considerados pela doutrina como direitos fundamentais, por isso há a necessidade de um tratamento aproximado deles.

Assim sendo, devem-se estudar aspectos concernentes ao Direito Ambiental e perscrutar a aplicação de seus princípios a outros ramos integrantes dos direitos fundamentais, como os direitos sociais e o Direito do Trabalho.

Procurar-se-á, nesse sentido, abordar os seguintes temas: princípios da precaução e da prevenção, e, assim, diferenciar a atuação preventiva da repressiva; meio ambiente em geral, principalmente a pertinência do meio ambiente do trabalho ao meio ambiente em geral, devendo-se, pois, aplicar diversos preceitos do Direito Ambiental em questões referentes ao meio ambiente do trabalho; atuação preventiva e acesso à justiça como forma de fruição do direito fundamental antes de sua violação.

### **4.2. DIREITO AMBIENTAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**165.** Os direitos fundamentais foram estudados de forma geral no capítulo I, e em cotejo com os direitos sociais no anterior. Todavia, cabe lembrar alguns aspectos a fim de contextualizar o estudo do Direito Ambiental.

Como sublinhado alhures, a doutrina costuma tratar os direitos fundamentais, didaticamente, como subdivididos em dimensões, sendo que a primeira delas refere-se aos tradicionais direitos de liberdade, a segunda aos direitos sociais, e, enfim, a terceira, aos direitos de “titularidade coletiva ou difusa”. Eles concernem à tutela de grupos humanos, sendo comumente arrolados entre eles, de forma exemplificativa, os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, e ao meio ambiente<sup>839</sup>.

---

<sup>839</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 48; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo.

Esta “titularidade difusa ou coletiva” representa exatamente o fator distintivo dos direitos de terceira dimensão em cotejo com os demais direitos fundamentais. O direito ao meio ambiente, não obstante, tenha também uma esfera individual, demanda “novas técnicas de garantia e proteção”. Em alguns casos, há a titularidade do próprio Estado ou de alguma nação, como nos direitos à paz, ao desenvolvimento ou à autodeterminação, o que gera divergências quanto à qualificação destas posições como direitos fundamentais. Para alguns os direitos de terceira dimensão são “direitos de solidariedade ou fraternidade”, porquanto apresentam “implicação universal”, ou, ao menos, “*transindividual*”, reclamando “esforços e responsabilidades” em nível mundial para sua concretização<sup>840</sup>.

De qualquer sorte, o direito à autodeterminação foi previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>841</sup> e nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos da ONU<sup>842</sup>, o que aponta para a *fundamentalidade* material de tais direitos.

A demonstração da preocupação ambiental veio um pouco depois, em 1972, com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo. Como resultado das discussões então ocorridas acabou sendo elaborada a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente com vinte e seis princípios, dos quais se destacam, para os fins deste trabalho<sup>843</sup>:

---

**Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** Op. Cit. p. 71-74; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** Op. Cit. p. 268; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** Op. Cit. p. 628-632. No mesmo sentido, vide: LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** Op. Cit. p. 131-134. Vide, ainda: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** Op. Cit. p. 569-570. Sobre a relação dos direitos humanos com o Direito Ambiental, vide: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 23-38; ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 11ª. Ed. Rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 67-70.

<sup>840</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Op. Cit. p. 49.

<sup>841</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).** Op. Cit. Art. 1º. 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. 2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência. 3. Os Estados partes do presente pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das nações unidas.

<sup>842</sup> Id. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966).** Op. Cit. Id. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).** Op. Cit. Em ambos os Pactos o artigo 1º repete o disposto no artigo 1º da Declaração Universal, acima citado.

<sup>843</sup> Id. **Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972).** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente->

Princípio 1: O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

Princípio 2: Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento.

Princípio 8: O desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria da qualidade de vida.

O primeiro Princípio já faz uma interligação do direito ao meio ambiente de qualidade com os direitos fundamentais de liberdade e sociais, sobretudo quando se menciona “condições de vida adequadas”, “vida digna” e “bem-estar”. Este e o segundo Princípios fazem referência ao caráter intergeracional deste direito, porquanto o meio ambiente há de ser preservado levando-se em consideração não somente a sociedade atual, mas também e, principalmente, as gerações vindouras.

Já o Princípio 8 acima sublinhado novamente traz uma comunicação da segunda com a terceira dimensão dos direitos fundamentais, ao fazer alusão ao “desenvolvimento econômico e social” como sendo fundamental para “assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável” e também para propiciar “melhoria na qualidade de vida”. Logo, já se percebe, neste contexto, a interligação entre os direitos *transindividuais* com os das duas dimensões anteriores.

No mesmo ano foi criado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), a principal autoridade global em meio ambiente, sendo a agência do Sistema das Nações Unidas (ONU) responsável por promover a conservação do meio ambiente e o uso eficiente de recursos no contexto do desenvolvimento sustentável. Entre os seus principais objetivos estão: manter o estado do meio ambiente global sob contínuo monitoramento; alertar povos e nações sobre problemas e ameaças ao meio ambiente e recomendar medidas para aumentar a qualidade de vida da população sem comprometer os

recursos e serviços ambientais das futuras gerações<sup>844</sup>.

Prosseguindo, no âmbito do Direito Internacional, em 1992, foi realizada, no Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), também conhecida por ECO-92, Rio-92, ou Cimeira da Terra, que teve como resultado os seguintes documentos: Carta da Terra<sup>845</sup>; Convenção sobre Diversidade Biológica<sup>846</sup>; Convenção sobre Mudanças Climáticas<sup>847</sup>; Convenção para o Combate à Desertificação, que, na verdade não foi elaborada durante a Rio-92, mas foi um desdobramento da referida Conferência<sup>848</sup>; Declaração sobre as Florestas<sup>849</sup>; Agenda 21<sup>850</sup>, que pode ser definida como um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica<sup>851</sup>; e Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento<sup>852</sup>.

Esta última é a que interessa mais perto para os efeitos deste estudo. A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento possui vinte e sete princípios, destacando-se:

Princípio 1: Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.

Princípio 3: O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de

<sup>844</sup> Id. **Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente**. Disponível em: <<http://www.pnuma.org.br/interna.php?id=44>>. Acesso em: 31 jul. 2012, 11:00:47.

<sup>845</sup> Id. **Carta da Terra (1992)**. Disponível em: <[www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/carta\\_terra.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.doc)>. Acesso em: 31 jul. 2012, 11:13:29.

<sup>846</sup> Id. **Convenção sobre Diversidade Biológica (1992)**. Disponível em: <[http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/cdb\\_ptbr.pdf](http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/cdb_ptbr.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2012, 11:09:18.

<sup>847</sup> Id. **Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992)**. Disponível em: <[http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao\\_clima.pdf](http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2012, 11:34:06.

<sup>848</sup> Id. **Convenção de Combate à Desertificação (1994)**. Disponível em: <<http://www.unccd.int/Lists/SiteDocumentLibrary/conventionText/conv-eng.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2012, 11:30:49.

<sup>849</sup> Id. **Declaração sobre as Florestas (1992)**. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-3annex3.htm>>. Acesso em: 31 jul. 2012, 11:42:21.

<sup>850</sup> Sobre a Agenda 21, vide: MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: Doutrina, Jurisprudência e Glossário**. 4ª. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 77-85.

<sup>851</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 21 (1992)**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em: 31 jul. 2012, 11:47:36.

<sup>852</sup> Id. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992)**. Op. Cit.

meio ambiente das gerações presentes e futuras.

Princípio 4: Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.

Princípio 5: Para todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo.

Princípio 11: Os Estados adotarão legislação ambiental eficaz. As normas ambientais, e os objetivos e as prioridades de gerenciamento deverão refletir o contexto ambiental e de meio ambiente a que se aplicam. As normas aplicadas por alguns países poderão ser inadequadas para outros, em particular para os países em desenvolvimento, acarretando custos econômicos e sociais injustificados.

Princípio 13: Os Estados irão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais. Os Estados irão também cooperar, de maneira expedita e mais determinada, no desenvolvimento do direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle.

Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Princípio 17: A avaliação do impacto ambiental, como instrumento nacional, será efetuada para as atividades planejadas que possam vir a ter um impacto adverso significativo sobre o meio ambiente e estejam sujeitas à decisão de uma autoridade nacional competente.

Princípio 25: A paz, o desenvolvimento e a proteção ambiental são interdependentes e indivisíveis.

O primeiro dos princípios arrolados concerne à preocupação primordial que se deve ter com o ser humano, o “centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável”. Ainda, no mesmo preceito há o reconhecimento do direito a uma “vida saudável e produtiva”, o que configura novamente um entrelaçamento entre os direitos de segunda e terceira dimensões.

O Princípio 3 repete a questão intergeracional que já fora abordada anteriormente na Declaração pretérita.

Os Princípios 4 e 5 concernem ao desenvolvimento sustentável, sendo que no primeiro há a inclusão no da “proteção ambiental” no conceito de “desenvolvimento sustentável”. Além disso, para que haja tal desenvolvimento é primordial “erradicar a pobreza” e buscar a redução das “disparidades de padrões de vida”.

Os Princípios 11, 13, 15 e 17 referem-se a preceitos que a legislação ambiental deve conter, tais como, a “responsabilidade” e a “indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais”, “princípio da precaução”, e a “avaliação de impacto ambiental”. Estes aspectos serão abordados de forma mais pormenorizada mais adiante.

Por fim, neste contexto, o Princípio 25 é um reconhecimento da concepção doutrinária acerca da indivisibilidade e interdependência entre os direitos fundamentais de terceira dimensão, visto que preceitua que a “paz, o desenvolvimento e a proteção ambiental são interdependentes e indivisíveis”.

Então, como visto antanho, os direitos fundamentais das três dimensões se entrecruzam e são indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, conforme ressaltado na Conferência de Teerã (1968) e na Conferência de Direitos Humanos de Viena (1993).

**166.** Também no direito pátrio há a mesma concepção. A Constituição Federal de 1988 não inclui o meio ambiente de forma expressa entre os direitos fundamentais.

Entretanto, por intermédio da interpretação sistemática pode-se concluir que o direito ao meio ambiente saudável é um direito fundamental. Como salientado alhures, o ser humano é o centro das atenções quando se pensa em desenvolvimento sustentável. E o desenvolvimento sustentável tem estreita ligação com a qualidade de vida, que, por sua vez, está atrelada ao direito a uma vida digna. Logo, por meio destas remissões chega-se à conclusão de que o direito ao meio ambiente saudável é um desdobramento ou concretização do princípio da dignidade humana.

Destarte, conquanto o meio ambiente saudável não tenha sido expressamente previsto como um direito fundamental no Título II da Constituição Federal, pode-se depreender, como dito acima, com a interpretação sistemática, que o meio ambiente saudável apresenta *fundamentalidade* material devido ao seu conteúdo e à sua importância.

Além disso, o Título VIII da Carta Magna dispõe sobre a “Ordem Social”, trazendo diversas disposições sobre direitos que foram expressamente reconhecidos como fundamentais no Título II. A seguridade social, que abrange a previdência social, a saúde e

a assistência social, a educação, a proteção da família e da criança, tratados no Título VIII, constam do artigo 6º da Lei Maior, sendo direitos sociais, e, pois fundamentais. E o meio ambiente foi previsto no Capítulo VI do Título VIII<sup>853</sup>:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua

---

<sup>853</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Op. Cit.

utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Este dispositivo, que será abordado com mais vagar à frente, estabelece que o meio ambiente equilibrado é um direito de todos, o que lhe confere titularidade difusa. Ainda, estabelece que ele é essencial à sadia qualidade de vida, o que implica sua interligação com a dignidade humana, como sublinhado anteriormente. Enfim, ressalta-se o caráter intergeracional deste direito, o que já ocorrera nos principais documentos internacionais sobre o tema.

A Constituição Federal tem outros dispositivos que remetem à mesma conclusão, de que o direito ao meio ambiente saudável é um direito fundamental.

O artigo 5º, inciso LXXIII, autoriza qualquer cidadão a ajuizar ação popular visando à anulação de ato lesivo ao meio ambiente, entre outros bens de caráter difuso. E a ação popular foi regulamentada pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, recepcionada pela nova Constituição<sup>854</sup>. Esta lei não previa o meio ambiente entre os direitos que pudessem ser defendidos por meio de ação popular, tendo passado a ter menção exatamente a partir da Constituição Federal de 1988.

A preocupação com o meio ambiente segue com a determinação de competência material comum e legislativa concorrente entre os entes da Federação (artigos 23, inciso VI, e 24, incisos VI e VIII, da CF/88). Ademais, atribuiu-se ao Ministério Público a função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do meio ambiente, além de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, inciso III).

Mais adiante, a Carta Magna, ao disciplinar a atividade econômica estatui que esta deva obedecer a alguns princípios, dentre eles, a defesa do meio ambiente (artigo 170, inciso VI). A função social da propriedade, que é expressamente um direito fundamental (artigo 5º, inciso XXIII), somente é cumprida, dentre outros aspectos, com a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente” (artigo 186, inciso II). O direito à saúde há de ser efetivado, entre outras formas, por meio de ações do

---

<sup>854</sup> Id. **Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2012, 10:10:29.

Poder Público, dentre as quais se insere o Sistema Único de Saúde (SUS). E uma das atribuições do SUS é colaborar na proteção do meio ambiente, nele incluído o do trabalho (artigo 200, inciso VIII)<sup>855</sup>.

### 4.3. DIREITO AMBIENTAL E DIREITO DO TRABALHO

167. O Direito Ambiental é a área do conhecimento jurídico que tem por função “disciplinar a *técnica* e a *economia*, subordinando a livre iniciativa (lucro privado) aos interesses maiores do bem comum, mediante a tutela das bases naturais da sociedade e a otimização da qualidade de vida”<sup>856</sup> (itálicos originais).

A livre iniciativa, direito previsto nos artigos 1º, inciso IV, e 170, *caput*, não é um direito absoluto. Pelo contrário. Ele encontra limites em outros direitos fundamentais que podem ser considerados de mais alta estatura hierárquica não necessariamente expressa, mas que decorra da interpretação do ordenamento jurídico pátrio.

O próprio artigo 1º, inciso IV, da CF/88, assegura o direito de livre iniciativa desde que tenha valor social. A livre iniciativa, portanto, é assegurada quando expressada de forma socialmente valiosa<sup>857</sup>.

E no artigo 170, por exemplo, determina-se que a ordem econômica é fundada na “valorização do trabalho humano” e na livre iniciativa. Esta é tomada no sentido singelo, ao passo que o trabalho é objeto a ser valorizado. Logo, a Constituição atribuiu prevalência ao valor do trabalho humano diante dos demais princípios da economia de mercado<sup>858</sup>.

A liberdade de iniciativa deve ser vista não somente pelo prisma de resistência ao poder (aspecto individual), mas também como forma de reivindicação por melhores condições de existência (aspecto social)<sup>859</sup>.

Prosseguindo, a livre iniciativa é um direito assegurado por meio de uma norma jurídica (a Constituição). Por isso, ela (a livre iniciativa) há de ser exercida nos termos e

<sup>855</sup> Sobre a relação entre o direito ao meio ambiente e os direitos humanos, vide: MELO, Sandro Nahmias. **Meio Ambiente do Trabalho: direito fundamental**. São Paulo: LTr, 2001. p. 64-69.

<sup>856</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2005. p. 282.

<sup>857</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. Cit. p. 242.

<sup>858</sup> Ibid., p. 242. No mesmo sentido, vide: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 720.

<sup>859</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. Cit. p. 243.

limites impostos pela ordem jurídica. A livre iniciativa (mundo do ser) e não o direito de livre iniciativa (mundo do dever-ser) é que é limitada<sup>860</sup>.

Deste modo, não pode haver dúvidas de que a livre iniciativa pode ser limitada e é exatamente o que a Constituição faz com ela em relação ao trabalho e ao meio ambiente, por exemplo, porque o artigo 170 preceitua que a livre iniciativa há de observar, dentre outros princípios, a defesa do meio ambiente (inciso VI).

**168.** E o meio ambiente possui uma definição legal<sup>861</sup>:

Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Não há dúvida de que esta lei foi recepcionada pela nova ordem constitucional<sup>862</sup>. Mas este conceito de meio ambiente é restritivo, diferentemente do que prega a Constituição atual, que buscou a proteção não só do meio ambiente natural, mas, igualmente, “o artificial, o cultural e o do trabalho”<sup>863</sup>.

Então, para os efeitos deste trabalho, pode-se dizer que o meio ambiente humano é subdividido em: meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho.

**169.** O meio ambiente natural é composto pela atmosfera, biosfera, águas, solo e subsolo, fauna e flora<sup>864</sup>. Estes pontos relativos ao meio ambiente natural são encontrados em disposições da Constituição Federal (artigo 225, *caput*, § 1º, incisos I, III, e VII)<sup>865</sup>.

<sup>860</sup> Ibid., p. 243.

<sup>861</sup> BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2012, 11:12:58.

<sup>862</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10ª. Ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 19.

<sup>863</sup> Ibid., p. 19. José Afonso da Silva subdivide o meio ambiente em: natural, artificial e cultural, fazendo referência em separado ao meio ambiente do trabalho. Neste sentido, vide: SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23-24.

<sup>864</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 20; FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 329. Para os conceitos dos elementos componentes do meio ambiente natural, vide: FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 336-343.

<sup>865</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Op. Cit. De forma específica e destacada: Art. 225. Todos têm direito ao

170. O meio ambiente artificial consiste no espaço urbano, compreendendo o “conjunto de edificações (espaço urbano fechado)” e também os “equipamentos públicos (espaço urbano aberto)”<sup>866</sup>. O meio ambiente artificial recebeu tratamento constitucional, por exemplo, nos artigos 5º, inciso XXIII (função social da propriedade), 21, inciso XX (competência material da União de instituir diretrizes relativas ao desenvolvimento urbano, habitação, saneamento básico e transportes urbanos), 182 (política urbana)<sup>867</sup>, além do artigo 225, que trata da regra geral<sup>868</sup>. O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001)<sup>869</sup> trata de forma minuciosa do que se entende aqui como meio ambiente artificial<sup>870</sup>.

O meio ambiente artificial pode ser desdobrado em meio ambiente urbano e meio ambiente rural. O meio ambiente *urbano* é o meio citadino, com “uma ou mais *funções urbanas* bem definidas”, dentre as variadas funções desempenhadas pelas cidades. Na área urbana predominam atividades dos setores secundário e terciário. O meio ambiente *rural*, por sua vez, refere-se ao “meio campesino”, em que a presença estatal tende a ser mais restrita e demorada, predominando atividades relativos ao “setor primário” da economia. A

---

meio ambiente *ecologicamente* equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos *ecológicos* essenciais e prover o manejo *ecológico* das espécies e *ecossistemas*; III - definir, em todas as unidades da Federação, *espaços territoriais e seus componentes* a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; VII - proteger a *fauna e a flora*, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (grifou-se).

<sup>866</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 21. Vide, também: FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 343.

<sup>867</sup> BRASIL. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2012, 12:54:13.

<sup>868</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 21. Vide, também: FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 343-351.

<sup>869</sup> Sobre o Estatuto da Cidade, vide, entre outros: DALLARI, Adilson de Abreu e FERAZ, Sérgio (Coords.). **Estatuto da Cidade**: comentários à Lei Federal n. 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2010; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da Cidade comentado**: Lei n. 10.257/2001: Lei do meio ambiente artificial. 4ª. Ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Sobre o direito à cidade, vide: LEFÈBVRE, Henri. **O direito à cidade** [Le droit à la ville]. Tradução Rubens Eduardo Frias. 5ª; Ed. São Paulo: Centauro, 2011.

<sup>870</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Op. Cit. Em ordem de citação: **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: (...). XXIII - a propriedade atenderá a sua função social. **Art. 21**. Compete à União: XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. **Art. 182**. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Constituição trata do meio ambiente *urbano* nos artigos 182 e 183, ao passo que ao meio ambiente *rural* são dedicados os artigos 183 (parte dele) a 191<sup>871</sup>.

**171.** O meio ambiente cultural é representado pelo espólio nacional de todos os bens do patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paleontológico, turístico e científico, considerados em si mesmos e nas interações com o homem<sup>872</sup>, remetendo-se ao artigo 216 da Constituição Federal<sup>873</sup>:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O meio ambiente cultural também é artificial, mas concerne a situações de caráter especial, que têm especial magnitude para a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira<sup>874</sup>.

**172.** O meio ambiente do trabalho é previsto expressamente no artigo 200, inciso VIII, da Carta Magna<sup>875</sup>:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos

<sup>871</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 343-344. Vide, também: PRIEUR, Michel. **Droit de l'Environnement**. 3<sup>a</sup>. Ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 677.

<sup>872</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 352.

<sup>873</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Op. Cit.

<sup>874</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 22. Vide, também: FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 355. Sobre os bens componentes do meio ambiente cultural brasileiro, vide: FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 353-359. Acerca do patrimônio cultural, vide: MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17<sup>a</sup>. Ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 939-999.

<sup>875</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Op. Cit.

termos da lei:

(...).

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O que se verifica, portanto, que o meio ambiente do trabalho está atrelado à saúde do trabalhador<sup>876</sup>. E no que concerne à saúde e também à segurança do trabalhador a própria Constituição Federal apresenta outras normas relevantes<sup>877</sup>:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...).

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

(...).

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Como visto alhures, a valorização do trabalho humano é um dos fundamentos da ordem econômica, sendo que o Direito do Trabalho faz parte dos direitos fundamentais, sendo uma forma de concretização do princípio da dignidade humana. E o direito à saúde é também um direito fundamental social. Pode-se dizer, então, que há aqui o entrelaçamento do Direito do Trabalho com o Direito Ambiental. O primeiro visa à tutela do trabalhador nos mais diversos aspectos, dentre sua segurança e saúde, ao passo que o segundo, no que se refere ao meio ambiente do trabalho, igualmente visa à saúde do trabalhador.

A Constituição do Estado de São Paulo é mais detalhada em relação ao meio ambiente do trabalho<sup>878</sup>:

<sup>876</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 23. Vide, também: FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 359-360.

<sup>877</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Op. Cit.

<sup>878</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 360. SÃO PAULO (Estado). **Constituição (1989)**. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/constituicao%20de%2005.10.1989.ht>>.

Art. 223. Compete ao sistema único de saúde, nos termos da lei, além de outras atribuições:

(...).

VI - a colaboração na proteção do meio ambiente, incluindo do trabalho, atuando em relação ao processo produtivo para garantir:

a) o acesso dos trabalhadores às informações referentes a atividades que comportem riscos à saúde e a métodos de controle, bem como aos resultados das avaliações realizadas;

b) a adoção de medidas preventivas de acidentes e de doenças do trabalho.

Art. 229. Compete à autoridade estadual, de ofício ou mediante denúncia de risco à saúde, proceder à avaliação das fontes de risco no ambiente de trabalho, e determinar a adoção das devidas providências para que cessem os motivos que lhe deram causa.

§ 1º - Ao sindicato de trabalhadores, ou a representante que designar, é garantido requerer a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo o ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou a saúde dos empregados.

§ 2º - Em condições de risco grave ou iminente no local de trabalho, será lícito ao empregado interromper suas atividades, sem prejuízo de quaisquer direitos, até a eliminação do risco.

§ 3º - O Estado atuará para garantir a saúde e a segurança dos empregados nos ambientes de trabalho.

§ 4º - É assegurada a cooperação dos sindicatos de trabalhadores nas ações de vigilância sanitária desenvolvidas no local de trabalho.

Observa-se, destarte, que a Constituição paulista assegurou alguns direitos aos trabalhadores, no que tange à sua saúde e segurança. No primeiro dispositivo citado há o direito à informação em caso de atividades que comportem risco à saúde, além de medidas de controle e a avaliações. Ainda, o direito a medidas preventivas de acidentes e doenças ocupacionais.

O outro artigo assegura ao sindicato, órgão de representação dos trabalhadores, direito de requerer a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo o ambiente de trabalho em caso de exposição a risco iminente para a vida ou a saúde dos empregados. Além disso, garante aos trabalhadores o direito de resistência ao mencionar a licitude de eventual interrupção de atividades, sem prejuízo de direitos, em caso de exposição a risco

grave ou iminente no local de trabalho.

No âmbito do Estado de São Paulo também apresentam magnitude para a questão do meio ambiente do trabalho as Leis n<sup>os</sup> 9.505, de 11 de março de 1997 (Disciplina as ações e os serviços de saúde dos trabalhadores no Sistema Único de Saúde)<sup>879</sup> e 10.083, de 23 de setembro de 1998 (Código Sanitário do Estado)<sup>880</sup>.

**173.** Além da análise deste tema sob o prisma do direito interno (como visto acima), pode-se enquadrá-lo no âmbito do direito internacional, sobretudo em relação aos documentos produzidos na Organização Internacional do Trabalho.

Neste contexto, podem ser mencionadas, ilustrativamente, as seguintes convenções e temas tratados<sup>881</sup>: Convenções OIT n<sup>os</sup> 12<sup>882</sup>, 110<sup>883</sup> e 129<sup>884</sup> (meio ambiente do trabalho

---

<sup>879</sup> SÃO PAULO (Estado). **Lei n. 9.505, de 11 de março de 1997.** Disciplina as ações e os serviços de saúde dos trabalhadores no Sistema Único de Saúde. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1997/lei%20n.9.505,%20de%2011.03.1997.htm>>. Acesso em: 02 ago. 2012, 11:08:12. Alguns dispositivos podem ser ressaltados: **Art. 1<sup>o</sup>.** O SUS - Sistema Único de Saúde atuará no sentido de garantir o estado de saúde e a segurança dos trabalhadores, no processo de produção e no ambiente de trabalho, bem como de prestar assistência à saúde física e mental dos trabalhadores. **Art. 4<sup>o</sup>.** O SUS participará da proteção ao meio ambiente, nele incluindo o do trabalho, desenvolvendo atividades educativas, para divulgar os métodos e normas adequados a serem utilizados no processo de produção. **Art. 6<sup>o</sup>.** É dever da autoridade competente do SUS indicar, e obrigação do empregador adotar as medidas necessárias para a plena correção de irregularidades nos ambientes de trabalho, observando os seguintes níveis de prioridades: I - Eliminação das fontes de risco na sua origem. II - Medida de controle diretamente na fonte. III - Medida de controle no ambiente de trabalho. IV - Diminuição do tempo de exposição ao risco, através da redução da jornada. **Art. 7<sup>o</sup>.** Compete, ainda, à autoridade local do SUS fiscalizar regularmente de ofício, por critério epidemiológico, ou mediante denúncia de risco à saúde física ou mental, proceder à avaliação das fontes de risco no ambiente de trabalho e determinar a adoção das devidas providências para que cessem os motivos que lhes deram causa, conforme expresso no Artigo 34 da Lei Complementar 791/95. **Art. 8<sup>o</sup>.** Ao sindicato dos trabalhadores, ou a representante que designar, é garantido requerer ao SUS a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo o ambiente de trabalho quando houver exposição a risco iminente para a vida ou à saúde, física ou mental, dos trabalhadores, conforme expresso no Artigo 35 da Lei Complementar 791/95. **Art. 9<sup>o</sup>.** Em condições de risco grave ou iminente no local de trabalho, será lícito ao empregado interromper suas atividades, sem prejuízo de quaisquer direitos, até a eliminação da adversidade.

<sup>880</sup> SÃO PAULO (Estado). **Lei n. 10.083, de 23 de setembro de 1998.** Código Sanitário do Estado. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei%20n.10.083,%20de%2023.09.1998.htm>>. Acesso em: 02 ago. 2012, 11:20:20. Alguns dispositivos podem ser ressaltados: **Art. 29.** A saúde do trabalhador deverá ser resguardada, tanto nas relações sociais que se estabelecem entre o capital e o trabalho, como no processo de produção. **Art. 32.** É dever da autoridade sanitária competente indicar e obrigação do empregador adotar todas as medidas necessárias para a plena correção de irregularidades nos ambientes de trabalho, observados os seguintes níveis de prioridades: I - eliminação das fontes de risco; II - medidas de controle diretamente na fonte; III - medidas de controle no ambiente de trabalho; e IV - utilização de equipamentos de proteção individual, que somente deverá ser permitida nas situações de emergência ou nos casos específicos em que for a única possibilidade de proteção, e dentro do prazo estabelecido no cronograma de implantação das medidas de proteção coletiva. **Art. 36.** A organização do trabalho deverá adequar-se às condições psicofisiológicas e ergonômicas dos trabalhadores, tendo em vista as possíveis repercussões negativas sobre a saúde, quer diretamente, através dos fatores que a caracterizam, quer pela potencialização dos riscos de natureza física, química ou biológica, presentes no processo de produção, devendo ser objeto de normas técnicas.

<sup>881</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro.** Op. Cit. p. 363-366.

<sup>882</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 12, de 12 de novembro de**

rural); 13<sup>885</sup>, 45<sup>886</sup> e 124<sup>887</sup> (tutela do trabalho do menor e da mulher); 32<sup>888</sup>, 134<sup>889</sup>, 152<sup>890</sup>, 163<sup>891</sup>, 164<sup>892</sup> e 178<sup>893</sup> (trabalho portuário e marítimo); 62<sup>894</sup> e 167<sup>895</sup> (construção civil);

---

**1921.** Convenção sobre reparação de acidentes do trabalho na agricultura. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312157:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312157:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 11:59:05.

<sup>883</sup> **Id. Convenção n. 110, de 24 de junho de 1958.** Convenção sobre as condições de trabalho no regime de *plantation*. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312255:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312255:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:01:28.

<sup>884</sup> **Id. Convenção n. 129, de 25 de junho de 1969.** Convenção sobre inspeção do trabalho na agricultura. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312274:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312274:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:02:35.

<sup>885</sup> **Id. Convenção n. 13, de 19 de novembro de 1921.** Convenção sobre o uso do chumbo em tintas. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312158:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312158:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:12:11.

<sup>886</sup> **Id. Convenção n. 45, de 21 de junho de 1935.** Convenção relativa ao emprego das mulheres em trabalhos subterrâneos em minas de todos os tipos. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312190:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312190:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:12:58.

<sup>887</sup> **Id. Convenção n. 124, de 23 de junho de 1965.** Convenção sobre exame médico de menores para admissão no emprego em minas. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312269:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312269:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:13:39.

<sup>888</sup> **Id. Convenção n. 32, de 27 de abril de 1932.** Convenção sobre a proteção contra acidentes de trabalhadores empregados na carga ou descarga de navios. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312177:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312177:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:16:07.

<sup>889</sup> **Id. Convenção n. 134, de 30 de outubro de 1970.** Convenção sobre a prevenção de acidentes de trabalho para os marítimos. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312279:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312279:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:17:49.

<sup>890</sup> **Id. Convenção n. 152, de 25 de junho de 1979.** Convenção sobre a segurança e saúde no trabalho em docas. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312297:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312297:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:18:51.

<sup>891</sup> **Id. Convenção n. 163, de 08 de outubro de 1987.** Convenção sobre bem-estar dos marítimos no mar e no porto. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312308:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312308:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:19:05.

<sup>892</sup> **Id. Convenção n. 164, de 08 de outubro de 1987.** Convenção sobre a proteção da saúde e assistência médica para os marítimos. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312309:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312309:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:19:46.

<sup>893</sup> **Id. Convenção n. 178, de 22 de outubro de 1996.** Convenção sobre a inspeção de trabalho dos trabalhadores marítimos e condições de vida. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312323:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312323:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:20:26.

<sup>894</sup> **Id. Convenção n. 62, de 23 de junho de 1937.** Convenção sobre medidas de segurança na indústria da construção. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312207:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312207:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:22:38.

<sup>895</sup> **Id. Convenção n. 167, de 20 de junho de 1988.** Convenção sobre segurança e saúde na construção.

81<sup>896</sup> (inspeção do trabalho); 115<sup>897</sup> e 174<sup>898</sup> (radiações ionizantes de acidentes industriais); 120<sup>899</sup> e 148<sup>900</sup> (comércio e serviços e ambiente de trabalho em geral); 127<sup>901</sup> (peso máximo permitido por trabalhador); 136<sup>902</sup> e 162<sup>903</sup> (câncer ocupacional); e 176<sup>904</sup> (trabalho em minas).

Pode-se verificar que, pouco tempo depois da Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, a OIT empolgou-se com o tratamento dado ao tema e resolveu abandonar aquela velha perspectiva de estudo de “doenças ocupacionais”<sup>905</sup>.

---

Disponível em:  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312312:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312312:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:23:16.

<sup>896</sup> Id. **Convenção n. 81, de 11 de julho de 1947**. Convenção sobre a inspeção do trabalho na indústria e comércio. Disponível em:  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312226:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312226:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:25:50.

<sup>897</sup> Id. **Convenção n. 115, de 22 de julho de 1960**. Convenção para a proteção dos trabalhadores contra as radiações ionizantes. Disponível em:  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312260:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312260:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:27:35.

<sup>898</sup> Id. **Convenção n. 174, de 22 de julho de 1993**. Convenção sobre a prevenção de grandes acidentes industriais. Disponível em:  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312319:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312319:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:28:00.

<sup>899</sup> Id. **Convenção n. 120, de 08 de julho de 1964**. Convenção sobre higiene no comércio e escritórios. Disponível em:  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312265:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312265:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:29:25.

<sup>900</sup> Id. **Convenção n. 148, de 20 de julho de 1977**. Convenção relativa à proteção dos trabalhadores contra os riscos ocupacionais no ambiente de trabalho devido à poluição do ar, ruído e vibração. Disponível em:  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312293:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312293:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:30:34. Sobre esta Convenção da OIT, vide: MACHADO, Sidnei. **O direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil**: os desafios para a construção de uma racionalidade normativa. São Paulo: LTr, 2001. p. 93.

<sup>901</sup> Id. **Convenção n. 127, de 28 de junho de 1967**. Convenção sobre o peso máximo autorizado para ser transportado por um trabalhador. Disponível em:  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312272:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312272:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:53:14.

<sup>902</sup> Id. **Convenção n. 136, de 23 de junho de 1971**. Convenção sobre proteção contra os riscos relativos ao envenenamento proveniente do benzeno. Disponível em:  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312281:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312281:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:55:23.

<sup>903</sup> Id. **Convenção n. 162, de 24 de junho de 1986**. Convenção sobre segurança social para os marítimos. Disponível em:  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312307:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312307:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:56:20.

<sup>904</sup> Id. **Convenção n. 176, de 22 de junho de 1995**. Convenção sobre segurança e saúde nas minas. Disponível em:  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312321:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312321:NO)>. Acesso em: 02 ago. 2012, 12:57:50.

<sup>905</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores**. 2ª. Ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 78.

Assim, em 1976 foi criado o Programa Internacional para a Melhoria das Condições e Meio Ambiente de Trabalho (PIACT), executado de forma harmônica com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente<sup>906</sup>.

A Convenção OIT n. 148, que foi citada antanho, foi resultado do trabalho do PIACT. O mesmo se deu com a Convenção OIT n. 155<sup>907</sup>, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 2, de 17 de março de 1992 e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29 de setembro de 1994, que dispõe sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente do trabalho apresenta princípio de uma política nacional, ações em nível nacional e ações em nível de empresa. Apresenta um enfoque preventivo, que é ressaltado no artigo 4 do texto<sup>908</sup>:

Art. 4. 1. Todo Membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e a prática nacionais, formular, por em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho.

2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

A Convenção OIT n. 187<sup>909</sup>, por sua vez, visa a implantar uma cultura da prevenção, que diz respeito a uma cultura em que o direito a um meio ambiente seguro e

<sup>906</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>907</sup> Ibid., p. 79-80. Sobre esta Convenção da OIT, vide: MACHADO, Sidnei. **O direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil**: os desafios para a construção de uma racionalidade normativa. Op. Cit. p. 93-94; FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Atuação da OIT no meio ambiente do trabalho: a Convenção nº 155. In: SÉGUIN, Elida e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (Coords.). **Meio Ambiente do Trabalho**. Rio de Janeiro: GZ Verde, 2010. p. 199-207.

<sup>908</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 155, de 22 de junho de 1981**. Convenção sobre Segurança e Saúde Ocupacional e Meio Ambiente do Trabalho. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312300:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312300:NO)>. Acesso em: 03 ago. 2012, 16:56:17. BRASIL. **Decreto n. 1.254, de 29 de setembro de 1994**. Promulga a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=117825&norma=139998>>. Acesso em: 03 ago. 2012, 16:07:02.

<sup>909</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 187, de 15 de junho de 2006**. Convenção sobre o quadro promocional para a segurança e saúde no trabalho. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312332:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312332:NO)>. Acesso em: 03 ago. 2012, 16:56:17. Vide os artigos 2 a 5 desta Convenção.

saudável trabalho é respeitado em todos os níveis, em que governo, empregadores e trabalhadores participam ativamente em iniciativas destinadas à assegurar um meio ambiente de trabalho seguro e saudável através de um sistema de direitos, responsabilidades e deveres, definidos e que seja atribuída a máxima prioridade ao princípio da prevenção. Esta norma apresenta um enfoque mais avançado que a anteriormente citada.

Alguns aspectos desta Convenção podem ser destacados.

Entre os objetivos, por exemplo, pode-se mencionar a promoção da melhoria contínua da segurança e saúde no trabalho, a fim de prevenir lesões, doenças e mortes causadas pelo trabalho através do desenvolvimento de uma política, de um sistema e de um programa nacional, em consulta com as demais organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores. Ainda, haverão de ser tomadas medidas ativas para atingir progressivamente um ambiente de trabalho seguro e saudável através de um sistema e programa nacionais de saúde e segurança no trabalho, tendo em conta os princípios contidos nos instrumentos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relevantes para o marco promocional da saúde e segurança no trabalho.

Prosseguindo, dever-se-á promover um ambiente de trabalho seguro e saudável através do desenvolvimento de uma política nacional, como o fulcro de promover e incentivar, em todos os níveis pertinentes, o direito dos trabalhadores a um ambiente de trabalho seguro e saudável. No que concerne a esta política nacional alguns princípios haverão de ser seguidos: avaliação dos riscos ou perigos do trabalho; consulta na sua origem os riscos e ou perigos do trabalho; e desenvolver uma cultura nacional de prevenção em matéria de segurança e saúde que inclua informação, consulta e formação.

Os Estados que ratificarem a Convenção deverão criar, manter e desenvolver gradualmente e rever periodicamente um sistema nacional de saúde e segurança no trabalho, em consulta com as mais representativas organizações de empregadores e trabalhadores. Tal sistema deverá incluir, entre outras coisas:

(a) a legislação, as convenções coletivas se forem o caso, e de qualquer outro instrumento relevante em matéria de segurança e saúde no trabalho;

(b) uma autoridade ou órgão ou agências ou autoridades responsáveis pela segurança e saúde no trabalho, designado em conformidade com a legislação e as práticas nacionais;

(c) mecanismos para garantir o cumprimento da legislação nacional, incluindo os

sistemas de inspeção, e

(d) disposições destinadas a promover a cooperação empresarial entre os níveis de gestão, trabalhadores e seus representantes, como um elemento essencial das medidas preventivas relacionadas com o local de trabalho.

Ainda, o sistema de segurança e de saúde deverá incluir, se for o caso:

(a) um órgão consultivo tripartite ou organismos no âmbito nacional para abordar questões relativas à segurança e saúde no trabalho;

(b) informação e serviços de consultoria em segurança e saúde no trabalho;

(c) formação em matéria de segurança e saúde no trabalho;

(d) os serviços de saúde no local de trabalho, em conformidade com a legislação e as práticas nacionais;

(e) a investigação sobre segurança e saúde no trabalho;

(f) um mecanismo para cadastrar análise de dados sobre lesões e doenças profissionais, tendo em conta os instrumentos pertinentes da OIT;

(g) disposições com vistas à colaboração com os regimes de seguro e segurança social ou de um seguro que cubra lesões e doenças profissionais, e

(h) de mecanismos de apoio para uma progressiva melhoria das condições de segurança e saúde nas micros, pequenas e médias empresas e da economia informal.

Por fim, neste contexto, os Estados que ratificarem a norma da OIT deverão formular, implementar, monitorar e rever periodicamente um programa nacional de segurança e saúde no trabalho, em consulta com as mais representativas organizações de empregadores e trabalhadores. Tal programa nacional, que deverá ser amplamente divulgado e na medida do possível, ser respaldado e aplicado pelas mais altas autoridades nacionais, deverá:

(a) promover o desenvolvimento de uma cultura nacional de prevenção em saúde e segurança;

(b) contribuir para a proteção dos trabalhadores, eliminando os perigos e os riscos do seu trabalho ou minimizar, na medida em que for razoavelmente possível, em conformidade com a legislação e as práticas nacionais, a fim de impedir lesões, doenças e mortes causadas pelo trabalho e promover a segurança e a saúde no local de trabalho;

(c) elaborar e reexaminar a base de uma análise da situação nacional em saúde e

segurança no trabalho, que inclua uma análise do sistema nacional de saúde e segurança no trabalho;

(d) incluir objetivos, metas e indicadores de resultados, e

(e) sempre que possível, ser apoiadas por outros programas e planos nacionais de complementaridade que contribua para a realização progressiva do objetivo de um ambiente de trabalho seguro e saudável.

**174.** O meio ambiente do trabalho, por conseguinte, pode ser definido como o local em que sucede a vida do trabalhador, estando sua “qualidade de vida” em contínua dependência da condição do meio<sup>910</sup>.

O termo “trabalhador” há de ser entendido de forma ampla, não se atendo somente àquele que está tutelado por uma relação de emprego (o empregado), mas também os não subordinados, os prepostos do empregador, e ele próprio, inclusive, desde que esteja habitualmente inserto no local de trabalho<sup>911</sup>.

O meio ambiente do trabalho refere-se, assim, aos “elementos, inter-relações e condições” que afetam o trabalhador no que concerne à sua “saúde física e mental, comportamento e valores” no que tange ao aspecto do trabalho<sup>912</sup>.

Neste contexto, a “saúde no trabalho” baseia-se em uma série de “condicionantes”, devendo ser compreendida como algo além da mera “ausência de doença e outros agravos”. A saúde, então, é concebida como a consequência da ação recíproca dos mais diferentes elementos do ambiente, acarretando ou não o “bem-estar no trabalho”<sup>913</sup>.

Destarte,

a saúde é resultado da interação desses diversos elementos do ambiente, provocando ou não o bem-estar no trabalho. A proteção ao meio ambiente do trabalho, incorpora a necessidade de busca das ‘causas’ e ‘medidas preventivas’, para que não ocorram efeitos deletérios para o ser humano (acidente de trabalho

<sup>910</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 362. Vide, também: SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. Op. Cit. p. 23-24.

<sup>911</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 362. Vide, também: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores**. Op. Cit. p. 51-52.

<sup>912</sup> ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito Ambiental do Trabalho: Mudanças de Paradigma na Tutela Jurídica à Saúde do Trabalhador**. São Paulo: LTr, 2002. p. 127.

<sup>913</sup> *Ibid.*, p. 128.

e doença ocupacional)<sup>914</sup>.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), fundada em 1946, organização internacional que faz parte da ONU, no Preâmbulo de sua Constituição define saúde como sendo um “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”<sup>915</sup>.

Há críticas em relação a este conceito, ventilando-se que ele é um conceito utópico<sup>916</sup>. Sem adentrar muito nesta temática, o fato é que o ponto de partida há de estar voltado à prevenção da enfermidade e não à doença. E no que tange ao meio ambiente do trabalho é exatamente isto que se deve pregar, a prevenção, a busca pela não ocorrência do sinistro. Além disso, há de se empenhar pela consecução do bem-estar físico, mental e social como forma de concretizar o direito à saúde no trabalho e, de forma mais geral, o direito à dignidade humana.

Nesta seara, pode-se dizer que há três paradigmas de tutela do meio ambiente do trabalho: o tradicional, o de transição e o preventivo emergente.

O paradigma tradicional baseia-se na adoção de “medidas de segurança” frente a situações de “risco”, voltando-se a atividades perigosas e insalubres e configurando-se como “sistema de proteção contra acidentes e doenças ocupacionais”. O cerne deste paradigma condiz com a neutralização do risco fundada na utilização de equipamentos de proteção individual e na fiscalização / inspeção do trabalho. O sistema de compensação existente é “*ex ante*” e “*ex post*”, sendo que o primeiro refere-se aos adicionais de remuneração por exercício de atividades perigosas ou insalubres e o segundo concerne à indenização por acidente ou doença relacionada ao trabalho<sup>917</sup>.

O paradigma de transição, por sua vez, reúne medidas do anterior e do posterior, abrangendo aspectos clássicos de proteção e algumas condições de uma “tutela

<sup>914</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>915</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição (1946)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 11:29:38.

<sup>916</sup> Sobre a crítica a este conceito, vide: SEGRE, Marco e FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. In: **Revista de Saúde Pública**. v. 31, n. 05, São Paulo, Outubro de 1997. p. 538-542. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v31n5/2334.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2012, 11:38:48. Sobre o histórico do conceito de saúde, vide: SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. In: **PHYSIS: Revista Saúde Coletiva**. v. 17, n. 01, Rio de Janeiro: Abril de 2007. p. 29-41. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2012, 11:41:22.

<sup>917</sup> ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito Ambiental do Trabalho: Mudanças de Paradigma na Tutela Jurídica à Saúde do Trabalhador**. Op. Cit. p. 151-153.

essencialmente preventiva”. As medidas de proteção coletiva apresentam prioridade em face das individuais. A evolução aponta para que os países que adotam este paradigma com o tempo tenderão a apresentar um paradigma essencialmente preventivo<sup>918</sup>.

Entre os diversos países que se enquadram neste paradigma está, segundo o autor, o Brasil. Neste sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) apresenta, de forma geral, contornos do modelo clássico de proteção<sup>919</sup>.

Contudo, houve avanços. A Lei n. 6.514, de 22 de dezembro de 1977 alterou alguns dispositivos da CLT, passando a dar nova redação, entre outros, ao seu artigo 200<sup>920</sup>:

Art. 200. Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este Capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre:

I - medidas de prevenção de acidentes e os equipamentos de proteção individual em obras de construção, demolição ou reparos;

II - depósitos, armazenagem e manuseio de combustíveis, inflamáveis e explosivos, bem como trânsito e permanência nas áreas respectivas;

III - trabalho em escavações, túneis, galerias, minas e pedreiras, sobretudo quanto à prevenção de explosões, incêndios, desmoronamentos e soterramentos, eliminação de poeiras, gases, etc. e facilidades de rápida saída dos empregados;

IV - proteção contra incêndio em geral e as medidas preventivas adequadas, com exigências ao especial revestimento de portas e paredes, construção de paredes contra-fogo, diques e outros anteparos, assim como garantia geral de fácil circulação, corredores de acesso e saídas amplas e protegidas, com suficiente sinalização;

<sup>918</sup> Ibid., p. 181-182.

<sup>919</sup> ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito Ambiental do Trabalho: Mudanças de Paradigma na Tutela Jurídica à Saúde do Trabalhador**. Op. Cit. p. 191-192. Vide, também: MACHADO, Sidnei. **O direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil: os desafios para a construção de uma racionalidade normativa**. Op. Cit. p. 96-98. BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 06 ago. 2012, 12:06:39. No Título II deste diploma legal encontram-se as “Normas Gerais de Tutela do Trabalho”. No seu Capítulo V estão as normas acerca da “Segurança e da Medicina do Trabalho”, com dispositivos sobre: normas gerais (artigos 154 a 159); inspeção prévia e embargo ou interdição (artigos 160 e 161); órgãos de segurança e medicina do trabalho nas empresas (artigos 162 a 165); equipamentos de proteção individual (artigos 166 e 167); medidas preventivas de medicina do trabalho (artigos 168 e 169); edificações (artigos 170 a 174); iluminação (artigo 175); conforto térmico (artigos 176 a 178); instalações elétricas (artigos 179 a 181); movimentação, armazenagem e manuseio de materiais (artigos 182 e 183); máquinas e equipamentos (artigos 184 a 186); caldeiras, fornos e recipientes de pressão (artigos 187 e 188); atividades insalubres e perigosas (artigos 189 a 197); prevenção da fadiga (artigos 198 e 199); medidas especiais de proteção (artigo 200).

<sup>920</sup> Ibid. BRASIL. **Lei n. 6.514, de 22 de dezembro de 1977**. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6514.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6514.htm)>. Acesso em: 06 ago. 2012, 12:20:15.

V - proteção contra insolação, calor, frio, umidade e ventos, sobretudo no trabalho a céu aberto, com provisão, quanto a este, de água potável, alojamento profilaxia de endemias;

VI - proteção do trabalhador exposto a substâncias químicas nocivas, radiações ionizantes e não ionizantes, ruídos, vibrações e trepidações ou pressões anormais ao ambiente de trabalho, com especificação das medidas cabíveis para eliminação ou atenuação desses efeitos limites máximos quanto ao tempo de exposição, à intensidade da ação ou de seus efeitos sobre o organismo do trabalhador, exames médicos obrigatórios, limites de idade controle permanente dos locais de trabalho e das demais exigências que se façam necessárias;

VII - higiene nos locais de trabalho, com discriminação das exigências, instalações sanitárias, com separação de sexos, chuveiros, lavatórios, vestiários e armários individuais, refeitórios ou condições de conforto por ocasião das refeições, fornecimento de água potável, condições de limpeza dos locais de trabalho e modo de sua execução, tratamento de resíduos industriais;

VIII - emprego das cores nos locais de trabalho, inclusive nas sinalizações de perigo.

Parágrafo único - Tratando-se de radiações ionizantes e explosivos, as normas a que se referem este artigo serão expedidas de acordo com as resoluções a respeito adotadas pelo órgão técnico.

Destarte, propiciou-se o aparecimento das Normas Regulamentadoras (NRs), editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), e que “começam a incorporar a dimensão preventiva”<sup>921</sup>.

Todavia, o progresso mais significativo há de ser atribuído à Constituição Federal de 1988, que se volta ao caráter preventivo com normas sobre o meio ambiente em geral e também do trabalho. Verifica-se, assim, a partilha de competências entre os entes da Federação para a proteção do meio ambiente<sup>922</sup>. A Constituição Estadual de São Paulo foi um pouco mais adiante, conforme abordagem anterior.

De tudo quanto exposto, verifica-se, por conseguinte, que a livre iniciativa

<sup>921</sup> ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito Ambiental do Trabalho: Mudanças de Paradigma na Tutela Jurídica à Saúde do Trabalhador**. Op. Cit. p. 192. Vide, também: MACHADO, Sidnei. **O direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil: os desafios para a construção de uma racionalidade normativa**. Op. Cit. p. 98-102. BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Normas Regulamentadoras**. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/normas-regulamentadoras-1.htm>>. Acesso em: 06 ago. 2012, 12:24:48. São, atualmente, 34 (trinta e quatro) Normas Regulamentadoras que estão em vigor (a NR-27 foi revogada pela Portaria GM n. 262, de 29 de maio de 2008) sobre os mais diversos temas dentro da segurança e saúde do trabalho.

<sup>922</sup> ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito Ambiental do Trabalho: Mudanças de Paradigma na Tutela Jurídica à Saúde do Trabalhador**. Op. Cit. p. 195-196.

econômica está submetida à proteção do meio ambiente e à valorização do trabalho humano. Neste contexto, pode-se repetir que a saúde do trabalhador, prevista tanto no aspecto ambiental (do trabalho), como do ponto de vista da tutela do trabalho (valorização do trabalho) representa um limite à atuação do empresário<sup>923</sup>.

**175.** Como dito alhures, o direito ambiental é um direito difuso, cabendo, destarte, algumas considerações a respeito disto.

Há uma definição legal de direitos difusos, além dos coletivos e dos individuais homogêneos, espécies do gênero “direitos transindividuais”. O artigo 81, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) estabelece o seguinte<sup>924</sup>:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os direitos difusos são de titularidade indeterminada (aspecto subjetivo) e de caráter indivisível (aspecto objetivo). Os titulares dos direitos difusos são pessoas indeterminadas, ligadas por uma circunstância fática, que pode ser, por exemplo, uma publicidade enganosa ou abusiva, transmitida por televisão ou qualquer outro meio de comunicação, e que pode afetar um número indeterminado de pessoas, sem que exista entre elas uma relação jurídica base, como é o caso do meio ambiente<sup>925</sup>.

---

<sup>923</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 362-363.

<sup>924</sup> BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 06 ago. 2012, 12:41:50.

<sup>925</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4:

Prosseguindo, os direitos coletivos são transindividuais, de caráter indivisível (âmbito objetivo), mas cuja titularidade é atribuída a um grupo, categoria ou classe de pessoas (âmbito subjetivo) ligadas entre si por uma relação jurídica base. Neste caso, são pessoas indeterminadas, mas determináveis, porquanto existe entre elas um vínculo comum ou uma relação jurídica base. E esta relação há de existir antes da violação do direito<sup>926</sup>.

Assim, a diferença primordial entre os direitos difusos e os direitos coletivos é a *determinabilidade* dos titulares do direito, peculiar à última classe de direitos, ao passo que na primeira os titulares são indetermináveis<sup>927</sup>.

Já os direitos individuais homogêneos são, como o próprio nome sugere, essencialmente “direitos individuais”, portanto, divisíveis, entretanto, por uma questão de política judiciária preferiu-se que sua defesa seja feita de forma coletiva, o que tem origem nas *class actions for damages* do direito norte-americano<sup>928</sup>.

Segundo a definição legal acima transcrita os direitos individuais homogêneos são decorrentes de um fato comum. Ou seja, são direitos nascidos em decorrência da “própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo)”<sup>929</sup>.

A opção legislativa pela defesa coletiva de tais direitos insere-se no contexto da efetividade da prestação jurisdicional, buscando um tratamento uno para o mesmo fato

Processo Coletivo. 3ª. Ed. Rev. Ampl. Atual. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 76. Vide, também: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 2ª. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 41; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. v. 2: Processo de Conhecimento. 6ª. Ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 727-728; FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005. p. 34-50; ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. **A Ação Civil Pública e a Revisão Teórica do Processo Coletivo do Trabalho**. 2003. 725 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2003. p. 99-134.

<sup>926</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4: Processo Coletivo. Op. Cit. p. 76. Vide, também: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. Op. Cit. p. 41; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. v. 2: Processo de Conhecimento. Op. Cit. p. 727-728; FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista**. Op. Cit. p. 34-50; ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. **A Ação Civil Pública e a Revisão Teórica do Processo Coletivo do Trabalho**. Op. Cit. p. 99-134.

<sup>927</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4: Processo Coletivo. Op. Cit. p. 77.

<sup>928</sup> Convergindo para este entendimento, vide: DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4: Processo Coletivo. Op. Cit. p. 77. Vide, também: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. Op. Cit. p. 41-43; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. v. 2: Processo de Conhecimento. Op. Cit. p. 728-729; FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista**. Op. Cit. p. 34-50; ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. **A Ação Civil Pública e a Revisão Teórica do Processo Coletivo do Trabalho**. Op. Cit. p. 99-134.

<sup>929</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4: Processo Coletivo. Op. Cit. p. 78.

lesivo, evitando decisões conflitantes, além de concretização do princípio da economia processual<sup>930</sup>.

Na verdade, o que definirá o tipo de direito envolvido será a pretensão do autor da demanda judicial.

Por exemplo, no caso de um acidente aéreo em que morram todos os ocupantes da aeronave. Determinada família de uma vítima poderá ajuizar ação individual em face da empresa pleiteando indenização por danos materiais e morais. No caso, haverá a tutela sob o aspecto individual.

No mesmo caso, o sindicato dos aeronautas poderia ajuizar uma ação de indenização para as famílias dos tripulantes (direitos individuais homogêneos). Aqui ainda se trataria de direitos individuais, mas defendidos coletivamente.

Da mesma forma, se o referido sindicato ajuizasse ação de obrigação de fazer para que a empresa adotasse providências no sentido de aumentar a segurança dos voos haveria a defesa de direitos coletivos, porque o sindicato voltar-se-ia à defesa dos trabalhadores por haver entre uma relação jurídica base, pertencer à mesma categoria.

Por fim, no mesmo exemplo, o Ministério Público poderia ajuizar uma ação voltada à prevenção de novos acidentes em favor de todos os que usam o serviço aéreo. Haveria, então, um direito difuso, visto que os titulares do direitos seriam pessoas indetermináveis<sup>931</sup>.

#### 4.4. PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL

**176.** Verificou-se, até aqui, a relação entre o Direito Ambiental e o Direito do Trabalho, mormente por serem direitos fundamentais e pelos estudos avançados em meio ambiente do trabalho.

Desta forma, cabe a análise dos princípios do Direito Ambiental e sua aplicação ao contexto deste trabalho.

A doutrina enumera diversos princípios de Direito Ambiental: (a) direito ao meio

---

<sup>930</sup> Ibid., p. 79.

<sup>931</sup> Neste sentido, vide exemplo do caso do BATEAU MOUCHE citado por NERY JÚNIOR, Nelson. Comentários aos artigos 109 a 119. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Comentários ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 778.

ambiente equilibrado; (b) direito à sadia qualidade de vida; (c) acesso equitativo aos recursos naturais; (d) usuário-pagador e poluidor-pagador; (e) precaução; (f) prevenção; (g) reparação; (h) informação; (i) participação; e (j) obrigatoriedade da intervenção do Poder Público.

**177.** O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é assegurado pelo artigo 225, da CF/88, acima descrito. Isto significa que há um direito à conservação das “propriedades e funções naturais” do meio, no sentido de propiciar o desenvolvimento dos seres vivos<sup>932</sup>.

No mesmo dispositivo, inclusive, o § 1º, inciso VII, atribui ao Poder Público a proteção da fauna e da flora, vedando, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

**178.** O segundo princípio apontado é o do direito à sadia qualidade de vida, que também foi enunciado no *caput* do artigo 225 da Carta Magna. Segundo este preceito o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida, implicando a correlação entre estes dois princípios.

Este princípio é uma decorrência da já mencionada Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo em 1972<sup>933</sup>, cujo Princípio 1 expressa que o “homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar (...)”.

Posteriormente, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), também conhecida por ECO-92<sup>934</sup>, que aprovou a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, cujo Princípio 1 estabelece que “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável”, tendo “direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

**179.** Prosseguindo, o direito ao acesso equitativo aos recursos naturais também foi estatuído no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, quando se faz referência ao fato de

<sup>932</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 57-58. Vide, também: MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, Jurisprudência e Glossário. 4ª. Ed. Rev. Atual. Op. Cit. p. 158-159.

<sup>933</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 61.

<sup>934</sup> *Ibid.*, loc. cit.

o meio ambiente ecologicamente equilibrado ser “bem de uso comum do povo”, incumbindo ao Poder Público e à coletividade o dever de “defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O Direito Ambiental tem como objetivo “verificar as necessidades de uso dos recursos ambientais”, estabelecendo normas relativas à necessária e razoabilidade do seu uso, visando à sua preservação e propiciando sua fruição por todos. Não somente o homem, mas também a natureza há de ser objeto de preocupação do desenvolvimento sustentável<sup>935</sup>.

Vislumbra-se, também aqui, um desdobramento do Princípio 5 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, aprovada em 1972<sup>936</sup>, *verbis*<sup>937</sup>:

o crescimento natural da população coloca continuamente, problemas relativos à preservação do meio ambiente, e devem-se adotar as normas e medidas apropriadas para enfrentar esses problemas. De todas as coisas do mundo, os seres humanos são a mais valiosa. Eles são os que promovem o progresso social, criam riqueza social, desenvolvem a ciência e a tecnologia e, com seu árduo trabalho, transformam continuamente o meio ambiente humano. Com o progresso social e os avanços da produção, da ciência e da tecnologia, a capacidade do homem de melhorar o meio ambiente aumenta a cada dia que passa.

Além disso, o acesso equitativo aos recursos naturais deve visar não somente à população atual, mas também às próximas gerações<sup>938</sup>, dizendo-se, por isso, que o Direito Ambiental é um direito intergeracional.

**180.** O quarto princípio a ser abordado é o do usuário-pagador e poluidor-pagador.

---

<sup>935</sup> Ibid., p. 62-63.

<sup>936</sup> Ibid., p. 63.

<sup>937</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972)**. Op. Cit.

<sup>938</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 64. Vide, também: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 27-37; DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3ª. Ed. 2ª. Tir. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 120-125; KISS, Alexandre e SHELTON, Dinah. **Traité de Droit Européen de L’Environnement**. Paris: Frisson-Roche, 1989. p. 40-41; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores**. Op. Cit. p. 66-67; ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito Ambiental do Trabalho: Mudanças de Paradigma na Tutela Jurídica à Saúde do Trabalhador**. Op. Cit. p. 86-87 e 89; CESÁRIO, João Humberto. **Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2012. p. 68-70; FERNANDES, Fábio. **Meio Ambiente Geral e Meio Ambiente do Trabalho: Uma Visão Sistêmica**. São Paulo: LTr, 2009. p. 56-60.

Há aqui duas frentes: no primeiro caso, há a cobrança pelo uso do recurso natural devido à sua escassez e como forma de prevenção; no último, verifica-se a responsabilidade do poluidor em recuperar o recurso natural ou, em caso de impossibilidade de fazê-lo, de indenizar o dano<sup>939</sup>.

Este princípio foi positivado pela Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981<sup>940</sup>, cujo artigo 4º prevê<sup>941</sup>:

Art. 4º. A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

(...).

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Além disso, o outrora citado artigo 225 da Carta Magna prescreve a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado àquele que explorar recursos minerais e também que as “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

O princípio do usuário-pagador não é uma punição porque ele pode incidir mesmo que não haja ilicitude no comportamento. Bastará a prova do uso do recurso ambiental ou a sua poluição<sup>942</sup>.

<sup>939</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 66. Vide, também: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 37; MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: Doutrina, Jurisprudência e Glossário**. 4ª. Ed. Rev. Atual. Op. Cit. p. 158-159; ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Op. Cit. p. 48-49; KISS, Alexandre e SHELTON, Dinah. **Traité de Droit Européen de L’Environment**. Op. Cit. p. 44; ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito Ambiental do Trabalho: Mudanças de Paradigma na Tutela Jurídica à Saúde do Trabalhador**. Op. Cit. p. 90-91; CESÁRIO, João Humberto. **Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais Trabalhistas**. Op. Cit. p. 70-74; FERNANDES, Fábio. **Meio Ambiente Geral e Meio Ambiente do Trabalho: Uma Visão Sistêmica**. Op. Cit. p. 60-67.

<sup>940</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 66. Vide, também: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 44-45.

<sup>941</sup> BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Op. Cit.

<sup>942</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 67. Vide, a respeito: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.378-6/DF**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 09.04.08. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3378%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3378%2EACMS%2E%29&base=baseAcor daos>>. Acesso em: 07 ago. 2012, 11:17:36. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE

O princípio do poluidor-pagador objetiva à “internalização dos custos relativos externos de deterioração ambiental”. Isto porque do “processo produtivo” podem decorrer danos ao ambiente, as “*externalidades* negativas”. As “*externalidades*” são efeitos advindos da produção que atingem os demais integrantes da sociedade, falando-se, então, em “privatização de lucros e socialização de prejuízos”. Desta forma, com o princípio do poluidor-pagador “procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua *internalização*. Por isso, este princípio também é conhecido como *princípio da responsabilidade (Verantwortungsprinzip)*”<sup>943</sup>.

Como decorrência do princípio do poluidor-pagador há a adoção da responsabilidade objetiva<sup>944</sup>, prevista no artigo 14, § 1º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente<sup>945</sup>:

Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...).

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (grifou-

---

EMPREENDEMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez. 5. Inconstitucionalidade da expressão "não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento", no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente.

<sup>943</sup> DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. Op. Cit. p. 142-143.

<sup>944</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 42-44.

<sup>945</sup> BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Op. Cit.

se).

Este dispositivo foi recepcionado pelo anteriormente salientado artigo 225, § 3º, da CF/88, que estabeleceu que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, **independentemente da obrigação de reparar os danos causados**” (grifou-se).

Destarte, para a aplicação da responsabilidade do poluidor basta que se comprove a existência da conduta, do dano e do nexo de causalidade entre ambos. Não se perquire da ocorrência ou não de culpa<sup>946</sup>.

Ademais, ainda que exista a responsabilidade objetiva do poluidor a preferência é para a reparação específica do dano ambiental. Primeiramente, há de se ter em conta a necessidade de recomposição do recurso ou bem ambiental, ou seja, o retorno ao *statu quo ante* (reparação específica). Não sendo possível a reparação, parte-se para a obrigação de indenizar (responsabilidade objetiva)<sup>947</sup>.

Por fim, neste contexto, cabe a definição de poluição e de poluidor. Assim, o artigo 3º, da Lei n. 6.938/81 preceitua que<sup>948</sup>:

Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

(...).

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

<sup>946</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 43.

<sup>947</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>948</sup> BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Op. Cit.

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

Assim, há poluição quando se degrada a qualidade ambiental, o que é ocasionado quando alguns bens ambientais são afetados: saúde, a segurança e o bem-estar da população; condições normais às atividades sociais e econômicas; conservação da biota; condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e padrões ambientais<sup>949</sup>.

**181.** O princípio da precaução tem existência condicionada aos princípios anteriores. O desenvolvimento sustentável está atrelado ao uso racional dos recursos naturais. O princípio do poluidor-pagador vem no sentido de inibir a degradação do meio ambiente.

O princípio da precaução busca o afastamento do perigo, visando à proteção contra o risco e à análise do eventual ato danoso no conjunto das atividades<sup>950</sup>.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento<sup>951</sup>, de 1992, já assinalada outrora, no citado Princípio 15 traz a referência ao princípio da precaução:

com o fim de proteger o meio ambiente, o **princípio da precaução** deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver **ameaça de danos graves ou irreversíveis**, a **ausência de certeza científica absoluta** não será utilizada como **razão para o adiamento de medidas** economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (grifou-se).

Dois outros documentos internacionais apresentam o princípio da precaução: a Convenção Sobre Diversidade Biológica e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre

<sup>949</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 46.

<sup>950</sup> DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. Op. Cit. p. 151. Vide, também: MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, Jurisprudência e Glossário. 4ª. Ed. Rev. Atual. Op. Cit. p. 165-167; ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Op. Cit. p. 28-45; KISS, Alexandre e SHELTON, Dinah. **Traité de Droit Européen de L'Environment**. Op. Cit. p. 41-43; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores**. Op. Cit. p. 60-61; ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito Ambiental do Trabalho**: Mudanças de Paradigma na Tutela Jurídica à Saúde do Trabalhador. Op. Cit. p. 87; CESÁRIO, João Humberto. **Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais Trabalhistas**. Op. Cit. p. -79-87; FERNANDES, Fábio. **Meio Ambiente Geral e Meio Ambiente do Trabalho**: Uma Visão Sistêmica. Op. Cit. p. 103-106.

<sup>951</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992)**. Op. Cit.

a Mudança do Clima<sup>952</sup>.

A Convenção Sobre Diversidade Biológica<sup>953</sup> em seu preâmbulo prevê o seguinte: “observando também que quando exista **ameaça** de sensível redução ou perda de diversidade biológica, **a falta de plena certeza científica não** deve ser usada como **razão para postergar medidas** para evitar ou minimizar essa ameaça” (grifou-se).

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 01, de 03 de fevereiro de 1994 e promulgada pelo Decreto n. 2.652, de 1º de julho de 1998<sup>954</sup>, em seu artigo 3º estabelece que:

Art. 3. Princípios: “Em suas ações para alcançar o objetivo desta Convenção e implementar suas disposições, as Partes devem orientar-se, *inter alia*, pelo seguinte:

(...).

3. As Partes devem adotar **medidas de precaução** para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem **ameaças de danos sérios ou irreversíveis**, a **falta de plena certeza científica não** deve ser usada como **razão para postergar essas medidas**, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos sócio-econômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima (grifou-se).

Portanto, pelo princípio da precaução deve-se verificar se o ato tende a provocar danos irreversíveis a bens ambientais e, neste caso, impõe-se a adoção de medidas que coíbam o ato potencialmente danoso. Ainda, a falta de plena certeza científica não pode servir de escusa para a não adoção de providências acautelatórias e inibitórias do ato.

<sup>952</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 71-72.

<sup>953</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre Diversidade Biológica (1992)**. Op. Cit. BRASIL. **Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2012, 10:41:14.

<sup>954</sup> BRASIL. **Decreto n. 2.652, de 1º de julho de 1998**. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2012, 10:41:56.

Algumas características podem ser apontadas em relação ao princípio da precaução<sup>955</sup>:

(a) incerteza do dano ambiental: ainda que não haja certeza científica sobre a ameaça, medidas hão de ser tomadas quando houver a possibilidade do dano;

(b) tipologia do risco ou da ameaça: fala-se em ameaça “séria ou irreversível”, sendo que a seriedade é medida pela gravidade e magnitude, ao passo que a irreversibilidade diz respeito à impossibilidade de volta ao estado anterior (*statu quo ante*);

(c) controle do risco para a vida, qualidade de vida e meio ambiente;

(d) custos das medidas de prevenção: as medidas adotadas haverão de ser as mais eficazes e as que implicam os menores custos possíveis;

(e) implantação imediata das medidas de prevenção: a adoção das medidas preventivas não pode ser adiada, tendo-se à vista a possibilidade de os danos serem irreversíveis;

(f) inversão do ônus da prova: nos casos de incerteza científica presume-se a relação de causalidade entre o ato e o possível dano; assim, cabe ao autor do ato provar que o ato não trará prejuízos ao meio ambiente.

Aliás, a inversão do ônus da prova em caso de incidência do princípio da precaução é preconizada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 333, I, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Na ação civil pública ambiental em que o Ministério Público Federal seja o autor, a competência é da Justiça Federal (art. 109, I, e § 3º, da CF). 2. ‘Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva’. (REsp 1.049.822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23.4.2009, DJe 18.5.2009). Agravo regimental improvido<sup>956</sup>.

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS

<sup>955</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 78-90.

<sup>956</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) n. 1.192.569/RJ**. Rel. Min. Humberto Martins, j. 19.10.10. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num\\_registro=201000801660&dt\\_publicacao=27/10/2010](http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=201000801660&dt_publicacao=27/10/2010)>. Acesso em: 08 ago. 2012, 11:52:08.

DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. 1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo. 2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. 4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do onus probandi, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada. 5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo). 6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, ‘Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução’ (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar ‘que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente

não lhe é potencialmente lesiva' (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009). 7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009). 8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido. 9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. 'Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade' (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 4.6.2008). 10. Recurso Especial não provido<sup>957</sup>.

PROCESSUAL CIVIL – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - PERÍCIA - DANO AMBIENTAL - DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual. 2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva. 4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet. 5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que

---

<sup>957</sup> Id. **Recurso Especial (REsp) n. 883.656/RS**. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 09.03.10. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num\\_registro=200601451399&dt\\_publicacao=28/02/2012](http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200601451399&dt_publicacao=28/02/2012)>. Acesso em: 08 ago. 2012, 11:52:08.

se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano. 6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial<sup>958</sup>.

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. 1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia. 2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes. 3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução. 4. Recurso especial parcialmente provido<sup>959</sup>.

No contexto do princípio da precaução há a previsão do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), visa a diagnosticar os riscos que o empreendimento poderá trazer ao ambiente e a prever, de forma planejada, as atividades no sentido de não causar os efeitos deletérios então previstos<sup>960</sup>. Este ponto será mais bem explicitado no Capítulo V, remetendo-se para lá em caso de eventual aprofundamento do assunto.

Por fim, o princípio da precaução foi recepcionado pela ordem constitucional brasileira como se verifica de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA

<sup>958</sup> Id. **Recurso Especial (REsp) n. 1.060.753/SP**. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 01.12.09. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801130826&dt\\_publicacao=14/12/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801130826&dt_publicacao=14/12/2009)>. Acesso em: 08 ago. 2012, 12:05:37.

<sup>959</sup> Id. **Recurso Especial (REsp) n. 972.902/RS**. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 25.08.09. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200701758820&dt\\_publicacao=14/09/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200701758820&dt_publicacao=14/09/2009)>. Acesso em: 08 ago. 2012, 12:08:49.

<sup>960</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 88.

IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao **princípio da precaução**, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves

ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 7.2.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decex harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República. 7. Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal ad hoc, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente (grifou-se) <sup>961</sup>.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO DE VIZINHANÇA. POLUIÇÃO SONORA. LEI MUNICIPAL. LIMITES. RESOLUÇÃO DO CONAMA. PROVA. REDUÇÃO

<sup>961</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 101/DF**. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.06.09. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 08 ago. 2012, 11:34:28.

DE RUÍDO. AR-CONDICIONADO. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal. 2. A violação indireta ou reflexa das regras constitucionais não enseja recurso extraordinário. Precedentes: AI n. 738.145 - AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, DJ 25.02.11; AI n. 482.317-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma DJ 15.03.11; AI n. 646.103-AgR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJ 18.03.11. 3. A alegação de ofensa aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se ocorrente, seria indireta ou reflexa. Precedentes: AI n. 803.857-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, DJ 17.03.11; AI n. 812.678-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 08.02.11; AI n. 513.804-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 1ª Turma, DJ 01.02.11 . 4. A Súmula 279/STF dispõe verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário . 5. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 6. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE VIZINHANÇA. POLUIÇÃO SONORA. LEI MUNICIPAL. LIMITES. RESOLUÇÃO DO CONAMA. PROVA. REDUÇÃO DE RUÍDO. AR-CONDICIONADO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. MULTA DIÁRIA ASTREINTES. TÍTULO JUDICIAL. LUCROS CESSANTES INDEVIDOS. 1. A norma municipal fixa limites máximos que, na realidade, são superiores aos limites máximos fixados na resolução pelo órgão ambiental federal competente (Resolução nº 01/90 do Conama e NBR 10.152), devendo a última se sobrepor à norma local. 2. A perícia judicial comprovou que, no período da noite, a emissão de ruído decorrente do acionamento do aparelho de ar-condicionado do réu, ultrapassa o nível permitido para o período noturno. Assim, devem ser tomadas medidas para evitar tal efeito, por dizer respeito ao **princípio da precaução**, vigente no direito ambiental. 3. Havendo decisão interlocutória que, em antecipação de tutela, impôs obrigação de fazer mediante astreintes, essa pena pecuniária deverá ser determinada no título judicial, em relação à unidade temporal dessa multa (dia, semana ou mês) e a data a partir de quando devida, devendo ser fixada na decisão que julga definitivamente a demanda, caso haja elementos para assim o fazer. 4. Conforme o § 6º, do art. 461 do CPC, o juiz pode revisar a periodicidade das astreintes de ofício, quando se mostrar desproporcional. 5. Não há lucros cessantes quando não há comprovação cabal de que o faturamento do

autor restou consideravelmente diminuído por causa do ruído causado pelo ar-condicionado do réu. Deram parcial provimento ao primeiro apelo e, quanto ao segundo, desacolheram a preliminar e negaram provimento. Unânime.” 7. Agravo regimental desprovido (grifou-se)<sup>962</sup>.

**182.** Imediatamente ligado com o princípio da precaução está o princípio da prevenção. Entretanto, ambos não se confundem<sup>963</sup>.

O princípio da precaução diz respeito a perigo, não se sabendo exatamente se haverá o dano. Já no princípio da prevenção há conhecimento científico em relação à possibilidade de ocorrência do fato, falando-se em “dano” e não em “perigo”. Ainda, em virtude do mencionado conhecimento científico, no princípio da prevenção preconiza-se a “antecipação ao que é conhecido”.

Pelo princípio da prevenção alude-se a perigo concreto, por isso fala-se em “dano” e não a perigo potencial, ou, simplesmente, “perigo”, como é o caso do princípio da precaução.

Além disso, na prevenção há a certeza da degradação em caso da prática de ato ou atividade, na precaução a incerteza é a marca. Enfim, na prevenção foca-se o presente e, na precaução, o futuro.

Os julgados a seguir citados, não obstante mencionem “princípio da precaução”, na verdade, fazem referência ao “princípio da prevenção”, haja vista o conhecimento do dano:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEGRADAÇÃO AMBIENTAL - ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL PÉ DE SERRA AZUL EM BARRA DO GARÇAS - DEPÓSITO DE LIXO - LANÇAMENTO DE DEJETOS DE ESGOTO NO CÓRREGO DO PEIXINHO - AUSÊNCIAS DE ESTUDO E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL - LAUDOS E RELATÓRIOS DA FEMA E JUVAM - SUFICIÊNCIA DE PROVAS QUE DEMONSTRAM O DANO - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - DIREITO AMBIENTAL - DECISÃO REFORMADA – LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES DE DEGRADAÇÃO AMBIENTAL - RECURSO PROVIDO. I - Se demonstrado o dano ambiental, através de laudo e relatório de

<sup>962</sup> Id. **Agravo de Instrumento (AI) n. 781.547RS**. Rel. Min. Luiz Fux, j. 13.03.12. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1863498>>. Acesso em: 08 ago. 2012, 11:44:12.

<sup>963</sup> Há na doutrina quem entenda pela não diferenciação entre os princípios da precaução e da prevenção. Neste sentido, vide: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 53-56.

órgãos competentes, dever-se-á determinar a suspensão das atividades lesivas até que seja realizado o Estudo de Impacto Ambiental. II - Observar-se-á o princípio da precaução em defesa do Meio Ambiente, como forma acautelatória de danos possivelmente irreversíveis<sup>964</sup>.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE - DANOS AMBIENTAIS - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - DESMATAMENTO SEM AUTORIZAÇÃO - LIXO E ESGOTO LANÇADOS NO RIO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - DESFAZIMENTO DA OBRA - CABIMENTO - RECURSO IMPROVIDO - DECISÃO MANTIDA. Em face do princípio constitucionalmente adotado de precaução do dano ambiental e estando-se diante da supremacia do interesse coletivo difuso sobre o interesse do particular, não se pode admitir que a atividade degradante prossiga até o julgamento final da ação, motivo pelo qual se concede a liminar em sede de Ação Civil Pública envolvendo questões ambientais, uma vez que presentes os requisitos autorizadores<sup>965</sup>.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO AMBIENTAL - TUTELA ANTECIPADA - OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER - DEGRADAÇÃO DO SOLO E PLANO DE RECUPERAÇÃO AMBIENTAL - PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO - ADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. Configurados os requisitos da prova inequívoca e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, correta a decisão que concedeu a liminar pleiteada para obstar atividade na área rural até que tome as providências necessárias para evitar o alegado dano ambiental<sup>966</sup>.

Em outros dois acórdãos há menção aos dois princípios, da precaução e da prevenção, quando, na verdade, trata-se somente do segundo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEIO AMBIENTE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR - EMBARGO DE ÁREA - Supressão de vegetação

<sup>964</sup> MATO GROSSO (Estado). Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento (AI) n. 12.566/2003**. Rel. Des. Licínio Carpinelli Stefani, j. 15.09.03. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/servicos/jurisprudencia/ViewAcordao.aspx?key=51e49cef-0535-4e6f-b39c-be2de75814aa&render=1>>. Acesso em: 08 ago. 2012, 12:39:47.

<sup>965</sup> Id. **Agravo de Instrumento (AI) n. 30.836/2011**. Rel. Des. José Silvério Gomes, j. 21.06.2011. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/servicos/jurisprudencia/ViewAcordao.aspx?key=764824aa-5f03-46ec-8e3f-78e341426484&render=1>>. Acesso em: 08 ago. 2012, 12:43:03.

<sup>966</sup> Id. **Agravo de Instrumento (AI) n. 28.094/2012**. Rel. Des. José Silvério Gomes, j. 24.05.11. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/servicos/jurisprudencia/ViewAcordao.aspx?key=eb5be0d3-b7bb-47dc-bf1e-f3f3a02c4c76&render=1>>. Acesso em: 08 ago. 2012, 12:46:27.

nativa, sem autorização da autoridade competente - Reserva legal não averbada no registro imobiliário - Argumentos contrários insuficientes para alterar a situação processual instaurada - Decisão mantida - Recurso desprovido<sup>967</sup>.

Neste acórdão faz-se menção ao fato de que o embargo da obra pode ser justificado por, entre outros motivos, aplicação dos princípios da precaução e da prevenção.

Ação civil pública. Parcelamento irregular de solo com ocupação de área de preservação permanente. Determinação judicial de paralisação de comercialização e proibição de alteração da área. Medidas coerentes com o pedido inicial e com a obrigação propter rem do proprietário, correspondente, ainda, a responsabilidade objetiva e a obrigação assumida em Termo de Compromisso. Não caracterização de decisão extra petita. Presença dos requisitos legais pertinentes. Inexistência de determinação à requerida de obrigação excessiva ou desarrazoada. Ampliação da medida para efeito de bloqueio integral da área. Medida que não está fora do pedido inicial. Agravo de instrumento não provido<sup>968</sup>.

Já neste julgado há alusão à decisão de paralisar a comercialização e proibir a alteração de uma área de preservação permanente com base na aplicação dos princípios da precaução e da prevenção.

Verifica-se, pois, o entrelaçamento entre os princípios da precaução e prevenção, sendo que o primeiro está atrelado à incerteza científica do dano (ou perigo), ao passo que no último já se sabe que determinado ato ou atividade é prejudicial ao meio ambiente<sup>969</sup>.

**183.** Os princípios da precaução e da prevenção enfocam situações anteriores à

<sup>967</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento (AI). Processo n. 0195780-92.2011.8.26.0000.** Rel. Des. João Negrini Filho, j. 07.08.12. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6083465>>. Acesso em: 08 ago. 2012, 12:55:59.

<sup>968</sup> Id. **Agravo de Instrumento (AI). Processo n. 0302362-19.2011.8.26.0000.** Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 19.07.12. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6075112>>. Acesso em: 08 ago. 2012, 12:58:05.

<sup>969</sup> Acerca do princípio da prevenção, vide, entre outros: MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: Doutrina, Jurisprudência e Glossário.** 4ª. Ed. Rev. Atual. Op. Cit. p. 165-167; ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** Op. Cit. p. 45-46; KISS, Alexandre e SHELTON, Dinah. **Traité de Droit Européen de L'Environment.** Op. Cit. p. 41-43; PRIEUR, Michel. **Droit de L'Environment.** Op. Cit. p. 70-100; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores.** Op. Cit. p. 60-61; ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito Ambiental do Trabalho: Mudanças de Paradigma na Tutela Jurídica à Saúde do Trabalhador.** Op. Cit. p. 87-88; PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado.** São Paulo: LTr, 2002. p. 97-107; CESÁRIO, João Humberto. **Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais Trabalhistas.** Op. Cit. p. 74-79; FERNANDES, Fábio. **Meio Ambiente Geral e Meio Ambiente do Trabalho: Uma Visão Sistêmica.** Op. Cit. p. 106-110.

ocorrência do dano. Mas pode ser que o dano advenha, sendo, então, necessária alguma forma de reparação.

No âmbito do Direito Internacional a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente, outrora citada, apresenta, no seu Princípio 13<sup>970</sup>, a obrigação de os Estados desenvolverem legislações nacionais pertinentes à “responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais”. Ainda, que os Estados devem cooperar no desenvolvimento do direito internacional no que tange à “responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle”<sup>971</sup>.

Já no que concerne ao ordenamento jurídico pátrio houve a adoção do sistema de responsabilidade civil objetiva em caso de danos ao meio ambiente. A Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, já salientada antanho, nos termos do outrora mencionado artigo 14.

Logo, para que haja a responsabilidade civil do agente causador do dano ambiental são necessários: (a) o ato danoso; (b) a existência do dano; e (c) o nexo de causalidade entre o ato e o dano. Não se perscruta da existência de dolo ou culpa, o que facilita a responsabilização do agente e, por consequência, pode propiciar maior proteção ao bem objeto de tutela (o meio ambiente)<sup>972</sup>.

**184.** Pelo princípio da informação objetiva-se dar conhecimento à população sobre temas e situações afetas à questão ambiental, no sentido de que a partir disto as pessoas formem opiniões e, eventualmente, seja alcançada a educação ambiental<sup>973</sup>.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em seu Princípio 10 expressa o direito à informação<sup>974</sup>:

a melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada

<sup>970</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 93.

<sup>971</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992)**. Op. Cit.

<sup>972</sup> Sobre este princípio, com mais detalhes, vide: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 61-73.

<sup>973</sup> Sobre este princípio, com mais detalhes, vide: MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 94-98; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 57-58; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores**. Op. Cit. p. 63-66; PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado**. Op. Cit. p. 125-128.

<sup>974</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992)**. Op. Cit.

indivíduo terá **acesso adequado às informações** relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos (grifou-se).

Já a Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público no Processo Decisório e o Acesso à Justiça em Matéria de Meio Ambiente estabelece em seu artigo 2º, item 3, a definição de informação ambiental<sup>975</sup>:

qualquer informação sob forma escrita, visual, sonora, eletrônica ou qualquer outra forma material sobre: (a) o estado do ambiente, como o ar e a atmosfera, a água, o solo, a terra, a paisagem e os espaços naturais, a diversidade biológica e seus componentes, incluindo os organismos geneticamente modificados, e a interação entre esses elementos; (b) fatores, tais como substâncias, energia, ruído e radiação, e atividades ou medidas, incluindo medidas administrativas, ambientais acordos, políticas, legislação, planos e programas que afetem ou possam afetar os elementos do ambiente dentro do âmbito da alínea (a) acima, e a análise de custo-benefício e outras análises e hipóteses econômicas utilizadas na tomada de decisões; (c) o estado de saúde humana, sua segurança, e suas condições de vida, bem como o estado dos sítios culturais e estruturas construídas, na medida em que são ou possam ser afetados pelo estado dos elementos do ambiente, ou, através destes elementos, pelos fatores, atividades ou medidas referidas na alínea (b) anterior.

No que concerne ao meio ambiente do trabalho, por exemplo, o princípio da participação está previsto na Convenção OIT n. 184<sup>976</sup>, cujo artigo 8º estabelece:

1. Os trabalhadores na agricultura devem ter o direito:

---

<sup>975</sup> Id. **Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público no Processo Decisório e o Acesso à Justiça em Matéria de Meio Ambiente (1998)**. Disponível em: <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2012, 16:29:08.

<sup>976</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 184, de 21 de junho de 2001**. Convenção sobre segurança e saúde na agricultura. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312329:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312329:NO)>. Acesso em: 10 ago. 2012, 15:09:16.

(...).

(b) de participarem da aplicação e revisão de medidas de segurança e saúde e, de acordo com a lei e prática nacionais, selecionar representantes competentes em matéria de segurança e saúde e representantes em comitês de segurança e saúde.

A Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), prevista nos artigos 163 a 165, da CLT, e regulamentada pela Norma Regulamentadora n. 05, do Ministério do Trabalho e Emprego, é uma forma de participação dos trabalhadores em matéria de meio ambiente do trabalho<sup>977</sup>.

**185.** Complementando o princípio da informação vem o princípio da participação. O próprio Princípio 10 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente já faz menção ao princípio da participação juntamente com o princípio da informação.

Inclusive, por óbvio, a participação consciente há de ser precedida, logicamente, pela informação e conhecimento acerca do assunto. Ninguém participa de forma consciente de algum tipo de decisão se não tiver conhecimento sobre o tema<sup>978</sup>.

Inclusive, o artigo 225 da Constituição Federal, várias vezes citado neste capítulo, prescreve que a defesa do meio ambiente é tarefa do Estado e da sociedade. Assim, a fim de que possa dar concreção a isto a coletividade há de ter o direito à informação e à

---

<sup>977</sup> BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Op. Cit. Id. **Lei n. 6.514, de 22 de dezembro de 1977**. Op. Cit. **Art. 163**. Será obrigatória a constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), de conformidade com instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho, nos estabelecimentos ou locais de obra nelas especificadas. Parágrafo único - O Ministério do Trabalho regulamentará as atribuições, a composição e o funcionamento das CIPA (s). **Art. 164**. Cada CIPA será composta de representantes da empresa e dos empregados, de acordo com os critérios que vierem a ser adotados na regulamentação de que trata o parágrafo único do artigo anterior. § 1º - Os representantes dos empregadores, titulares e suplentes, serão por eles designados. § 2º - Os representantes dos empregados, titulares e suplentes, serão eleitos em escrutínio secreto, do qual participem, independentemente de filiação sindical, exclusivamente os empregados interessados. § 3º - O mandato dos membros eleitos da CIPA terá a duração de 1 (um) ano, permitida uma reeleição. § 4º - O disposto no parágrafo anterior não se aplicará ao membro suplente que, durante o seu mandato, tenha participado de menos da metade do número de reuniões da CIPA. § 5º - O empregador designará, anualmente, dentre os seus representantes, o Presidente da CIPA e os empregados elegerão, dentre eles, o Vice-Presidente. **Art. 165**. Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Parágrafo único - Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado. Vide, também: BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora n. 05**. Publicada na Portaria GM n. 3.214, de 08 de junho de 1978. Comissão Interna de Prevenção de Acidentes. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D311909DC0131678641482340/nr\\_05.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D311909DC0131678641482340/nr_05.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2012, 16:37:21.

<sup>978</sup> Sobre este princípio, com mais detalhes, vide: MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 98-106; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 56-60; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores**. Op. Cit. p. 62-63; FERNANDES, Fábio. **Meio Ambiente Geral e Meio Ambiente do Trabalho: Uma Visão Sistêmica**. Op. Cit. p. 69-100.

participação na tomada de decisões, até como um desdobramento da democracia.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente também prevê o direito à informação quando prescreve, no seu artigo 4º, que a Política Nacional do Meio Ambiente visará, entre outros, “à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à **divulgação de dados e informações ambientais** e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico”<sup>979</sup> (grifou-se).

Em relação ao meio ambiente do trabalho a Convenção OIT n. 184, vista acima, estabelece o direito à informação juntamente com o direito à participação. Outras convenções também estabelecem o direito à informação: 139<sup>980</sup>, 147<sup>981</sup> e 170<sup>982</sup>.

Algumas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego também preceituam o direito à informação<sup>983</sup>.

**186.** Por fim, o princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público. A intervenção do Poder Público para a preservação do meio ambiente há de ser obrigatória, não cabendo somente à sociedade civil este tipo de tarefa. Aliás, as Declarações de 1972 e

<sup>979</sup> BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Op. Cit.

<sup>980</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 139, de 24 de junho de 1976.** Convenção sobre a prevenção e controle de riscos profissionais causados por substâncias e agentes cancerígenos. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312284:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312284:NO)>. Acesso em: 10 ago. 2012, 15:36:33.

<sup>981</sup> Id. **Convenção n. 147, de 29 de outubro de 1976.** Convenção sobre normas mínimas de navios mercantes. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312292:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312292:NO)>. Acesso em: 10 ago. 2012, 15:38:03.

<sup>982</sup> Id. **Convenção n. 170, de 25 de junho de 1990.** Convenção sobre segurança no uso de produtos químicos no trabalho. Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312315:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312315:NO)>. Acesso em: 10 ago. 2012, 15:39:55.

<sup>983</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora n. 01.** Publicada na Portaria GM n. 3.214, de 08 de junho de 1978. Disposições Gerais. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEF0F7810232C/nr\\_01\\_at.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEF0F7810232C/nr_01_at.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2012, 16:35:00. **Item 1.7.** Cabe ao empregador: (...). c) informar aos trabalhadores: I. os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho; II. os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa; III. os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos; IV. os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho. BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora n. 05.** Op. Cit. **Item 5.16.** A CIPA terá por atribuição: (...). f) divulgar aos trabalhadores informações relativas à segurança e saúde no trabalho; (...). m) requisitar ao empregador e analisar as informações sobre questões que tenham interferido na segurança e saúde dos trabalhadores. BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora n. 09.** Publicada na Portaria GM n. 3.214, de 08 de junho de 1978. Programas de Prevenção de Riscos Ambientais. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEF1CA0393B27/nr\\_09\\_at.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BEF1CA0393B27/nr_09_at.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2012, 16:41:48. **Item 9.5.1.** Os trabalhadores interessados terão o direito de apresentar propostas e receber informações e orientações a fim de assegurar a proteção aos riscos ambientais identificados na execução do PPRA. **Item 9.5.2.** Os empregadores deverão informar os trabalhadores de maneira apropriada e suficiente sobre os riscos ambientais que possam originar-se nos locais de trabalho e sobre os meios disponíveis para prevenir ou limitar tais riscos e para proteger-se dos mesmos.

de 1992 dispõem neste sentido em diversos de seus princípios. O próprio artigo 225, da Constituição Federal de 1988, também é enfático neste aspecto no sentido de cabe ao Poder Público e à coletividade cuidar do meio ambiente e zelar para sua preservação para as próximas gerações<sup>984</sup>.

Em relação ao meio ambiente do trabalho, por exemplo, o artigo 200 da CF/88 prevê entre as atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS) a defesa do meio ambiente do trabalho. Além disso, a Constituição Estadual paulista, conforme anotação anterior, estabelece, em seu artigo 229, § 3º, que cabe ao Estado atuar no sentido de “garantir a saúde e a segurança dos empregados nos ambientes de trabalho”.

Outra forma de intervenção do Estado na questão ambiental é a exigência de licenciamento ambiental para a instalação de empreendimentos ou indústrias, matéria que será abordada de forma pormenorizada no Capítulo V.

#### **4.5. DIREITO À PROTEÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA E ATUAÇÃO PREVENTIVA**

**187.** Até aqui foram abordados aspectos relativos ao Direito Ambiental como integrante dos direitos fundamentais, sua relação com o Direito do Trabalho, além dos princípios regentes do primeiro. Os princípios de Direito Ambiental, como visto anteriormente, voltam-se à proteção dos bens ambientais de forma evitar lesões ou ameaças de lesão a tais bens. Ou seja, são ressaltados os princípios da precaução e da prevenção. Aliás, estes dois princípios nortearão este trabalho, porquanto é a partir deles que surgem as normas pertinentes ao licenciamento ambiental e ao estudo de impacto ambiental, que servirão de base para a proposta desta tese.

Neste contexto, a fim de objetivar a prevenção há o direito à proteção.

Já se destacou anteriormente que os direitos fundamentais exercem funções de direitos de defesa ou de direitos a prestações.

Rememorando, os direitos de defesa são os clássicos direitos de liberdade em que o Estado tem sua atuação limitada por conta da autonomia do indivíduo. Entre os direitos sociais também há situações de defesa, como o caso de liberdade sindical. Os direitos de nacionalidade e de cidadania também são considerados com funções de direitos de

---

<sup>984</sup> Sobre este princípio, com mais detalhes, vide: MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Op. Cit. p. 106-111; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores**. Op. Cit. p. 60.

defesa<sup>985</sup>.

Por seu turno, os direitos fundamentais com funções de direitos a prestações são direitos que demandam a atuação do Estado para serem efetivados. Os direitos a prestações são subdivididos em direitos a prestações em sentido amplo, que abrangem os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento (prestações normativas), e os direitos a prestações em sentido restrito (prestações materiais)<sup>986</sup>.

Para os efeitos deste capítulo interessa a função de direitos à proteção. Os direitos a proteção (prestação em sentido amplo) podem ser definidos como sendo as posições que asseguram aos titulares dos direitos a possibilidade de exigirem do Estado que este o tutele de interferências alheias em determinados “bens pessoais”. Verificou-se alhures que há uma relação desta função com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que se refere a normas que prescrevem obrigações ao ente estatal no sentido da efetivação de tais direitos. Cabe ao Estado o dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbindo-lhe zelar — inclusive em caráter preventivo — pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não somente no que concerne a ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas igualmente no que tange a agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Destarte, obriga-se o Estado a adotar medidas positivas com o objetivo de garantir e proteger de forma efetiva o gozo dos direitos fundamentais<sup>987</sup>.

Ao direito à proteção do indivíduo corresponde o dever de proteção por parte do Estado, que envolve as atividades estatais de legislação, administração e jurisdição, sendo um dos desdobramentos do Estado de Bem-Estar Social, sob o prisma de que o Estado é um garantidor e promotor dos direitos fundamentais<sup>988</sup>.

Cabe, então, ao Estado zelar para que os direitos fundamentais sejam assegurados e protegidos, atuando em situações de lesões ou ameaças de lesões a estes direitos por parte

<sup>985</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 168-169 e 175; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 407-410; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 289-291. De forma mais específica e detalhada, sobre os direitos de liberdade, vide: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Op. Cit. p. 290-329; FREIJEDO, Francisco J. Bastida et al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**. Op. Cit. p. 109-112.

<sup>986</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 444. Subdivisão esta que é aceita na doutrina, conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 187.

<sup>987</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>988</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Op. Cit. p. 129.

de terceiros<sup>989</sup>.

Em relação aos direitos à proteção são citados dois julgados alemães. O primeiro diz respeito ao aborto e o segundo é conhecido como “caso Schleyer”.

O caso sobre o aborto refere-se a uma lei de 1974 que descriminalizava o aborto na Alemanha. Foi arguida sua inconstitucionalidade na Corte Constitucional que decretou a invalidade da lei em questão<sup>990</sup>.

A decisão assentou-se nos seguintes pontos: primeiro, havia, segundo a Corte, uma colisão de direitos; de um lado, havia o direito à vida que, segundo a jurisprudência alemã, inicia-se no 14º dia seguinte à concepção; por outro lado, havia o direito da mulher à privacidade em relação a aspectos pertinentes à procriação; ponderando ambos os direitos, chegou-se à conclusão de que o direito à vida deveria prevalecer sobre o direito à privacidade da mulher e, por conseguinte, uma lei que autorizasse o aborto não seria constitucional; por isso, haveria a obrigação de o Estado proteger a vida do feto, e a descriminalização do aborto iria à contramão deste direito à proteção, salvo em situações peculiares, como o caso de risco à vida do feto ou da mãe<sup>991</sup>.

Invocou-se, então, para fundamentar o direito à proteção o artigo 2º, inciso 2, da Lei Fundamental<sup>992</sup>:

Artigo 2 [Liberdade de ação, Liberdade da Pessoa]

(1) Toda pessoa tem o direito de livre desenvolvimento da sua personalidade na medida em que não viole os direitos de terceiros ou atente contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) <sup>1</sup> Toda pessoa tem o direito à vida e à integridade física. <sup>2</sup> A liberdade individual é inviolável. <sup>3</sup> Estes direitos somente podem ser limitados por força de uma lei.

Com base nos direitos fundamentais acima enumerados, o Tribunal Constitucional

<sup>989</sup> Ibid., p. 130; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 450.

<sup>990</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Op. Cit. p. 130.

<sup>991</sup> Ibid., loc. cit.; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 452.

<sup>992</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 453. ALEMANHA. **Constituição (1949)**. Op. Cit. Texto original: Artikel 2 [Handlungsfreiheit, Freiheit der Person]. (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. (2) <sup>1</sup> Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. <sup>2</sup> Die Freiheit der Person ist unverletzlich. <sup>3</sup> In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

Alemão entendeu que havia um direito à proteção de tais direitos pelos seus titulares e que este direito haveria de ser assegurado por intermédio da ação do Estado.

O segundo julgado concerne ao “caso Schleyer”. Em 1977 houve o sequestro do industrial Hans Martin Schleyer por terroristas que já haviam matado quatro empregados seus que estavam com ele na oportunidade do crime. Os sequestradores exigiram, para não o matarem, a libertação de onze companheiros seus, ao que o Estado recusou. Diante da recusa, o filho do industrial ajuizou ação alegando que o Estado estava praticamente condenando seu à morte e, além disso, que em outras situações similares o Estado havia aceitado as exigências dos sequestradores. A Corte Constitucional rejeitou o pedido com fundamento no dever de proteção do Estado, no sentido de que cabe ao Estado a proteção de todos os cidadãos e não apenas de um. Ainda, que atender às exigências dos sequestradores iria à contramão do direito à proteção, visto que o Estado deveria ter liberdade de ação para reagir adequadamente consoante as circunstâncias específicas de cada caso. E obrigar o Estado a soltar os prisioneiros implicaria mostrar aos terroristas como o Estado reagiria, o que iria contra o próprio de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais<sup>993</sup>.

Neste contexto, a jurisprudência alemã garante o direito à proteção, mas opta pela discricionariedade do Estado em relação à forma de cumprimento do dever. Assim, havendo várias formas de tutela jurídica do direito fundamental cabe aos órgãos respectivos (Executivo e / ou Legislativo) a escolha da medida adequada para a consecução deste desiderato. Até porque a opção por uma medida específica poderá afetar outros direitos ou interesses fundamentais, pelo que haverá de ser feita a ponderação para que haja a escolha. Em caso de existência de apenas uma medida para assegurar o direito fundamental o direito à proteção direcionará a ação do Estado no sentido da efetivação da referida medida<sup>994</sup>.

Se, por um lado, a escolha em relação ao meio a ser empregado para garantir a fruição do direito fundamental é do Estado, por outro, o cidadão tem o direito à proteção, à atuação estatal convergente à efetivação do direito. Por isso, fala-se em “proibição da insuficiência” como um dos aspectos do princípio da proporcionalidade. Quando se pensa em princípio da proporcionalidade a primeira ideia que se tem é a da proibição do excesso. Todavia, este princípio tem outra dimensão, que é dada pela “proibição da insuficiência”.

---

<sup>993</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Op. Cit. p. 132-133; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 452.

<sup>994</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Op. Cit. p. 133; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. p. 462-470.

Viola-se a “proibição da insuficiência” quando a ação do Estado fica abaixo do patamar mínimo que se exige para a concretização do direito fundamental<sup>995</sup>.

A jurisprudência pátria vem começando a adotar esta teoria dos deveres de proteção. Por exemplo, na Representação de Intervenção Federal n. 114/MT foi adotada a tese de que os órgãos públicos estão obrigados não somente a se absterem de violar direitos fundamentais, mas também devem proteger os titulares de direitos fundamentais contra atos que lesem ou ameacem de lesão tais direitos<sup>996</sup>.

Outro caso a ser citado é o Habeas Corpus n. 82.424/RS, também conhecido como “caso Ellwanger”. Especificamente, tratou-se de possibilidade ou na ode incriminação como racismo de manifestações antissemitas publicadas por um editor gaúcho, que invocou em sua defesa o direito à liberdade de expressão. O STF entendeu, por maioria, que o direito à dignidade da pessoa humana dos judeus prevalecia em face do direito à liberdade de expressão do editor gaúcho, sendo a ação punitiva do Estado foi mencionada

---

<sup>995</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Op. Cit. p. 133; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Op. Cit. p. 59-60. Vide, também: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit. p. 409; HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Op. Cit. p. 278-287; HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; e COELHO, Inocêncio Mártires (seleção de textos e tradução). **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 55-57; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Op. Cit. p. 129-138. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Op. Cit. p. 86-95.

<sup>996</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Op. Cit. p. 137. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Intervenção Federal (IF) n. 114/MT**. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 13.03.91. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28IF%24%2ESCLA%2E+E+114%2ENUM%2E%29+OU+%28IF%2EACMS%2E+ADJ2+114%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 13 ago. 2012, 12:27:31. EMENTA: Intervenção Federal. 2. Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos "direitos da pessoa humana", em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de "condição mínima", no Estado, "para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida". Fato ocorrido em Matupá, localidade distante cerca de 700 km de Cuiabá. 3. Constituição, arts. 34, VII, letra "b", e 36, III. 4. Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea "b", da Constituição de 1988, quanto aos "direitos da pessoa humana". Legitimidade ativa do Procurador-Geral da República (Constituição, art. 36, III). 5. Hipótese em que estão em causa "direitos da pessoa humana", em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. 6. Intervenção Federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva. 7. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial, cujos autos foram encaminhados à autoridade judiciária estadual competente que os devolveu, a pedido do Delegado de Polícia, para o prosseguimento das diligências e averiguações. 8. Embora a extrema gravidade dos fatos e o repúdio que sempre merecem atos de violência e crueldade, não se trata, porém, de situação concreta que, por si só, possa configurar causa bastante a decretar-se intervenção federal no Estado, tendo em conta, também, as providências já adotadas pelas autoridades locais para a apuração do ilícito. 9. Hipótese em que não é, por igual, de determinar-se intervenha a Polícia Federal, na apuração dos fatos, em substituição à Polícia Civil de Mato Grosso. Autonomia do Estado-membro na organização dos serviços de justiça e segurança, de sua competência (Constituição, arts. 25, § 1º; 125 e 144, § 4º). 10. Representação conhecida mas julgada improcedente.

como um instrumento para a efetivação do direito fundamental em questão<sup>997</sup>.

<sup>997</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Op. Cit. p. 138. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* (HC) n. 82.424/RS. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17.09.03. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424%2E+OU+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 13 ago. 2012, 12:35:12. EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescribibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aélicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento".

Mais recentemente, o STF adotou a função do Estado de proteger os direitos fundamentais em um julgado<sup>998</sup>:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). **Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.** 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a

---

No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

<sup>998</sup> Id. *Habeas Corpus* (HC) n. 104.410/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.03.12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28teoria+dos+deveres+de+prote% E7%E3o%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 13 ago. 2012, 12:35:12

Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. **Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.**

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

4. ORDEM DENEGADA (grifou-se).

Verifica-se, então, que a jurisprudência brasileira vem caminhando no sentido de

considerar como função do Estado efetivar direitos fundamentais mediante ações positivas no sentido de proteger cidadãos de atos de terceiros que lesionem ou ameacem de lesão tais direitos, vedando-se ao órgão estatal a atuação insuficiente (princípio da vedação da insuficiência).

**188.** Prosseguindo, a proposta deste trabalho é de que cabe ao Estado tomar as medidas necessárias no sentido da concretização de direitos sociais por meio de uma atuação preventiva, ou seja, que propicie a fruição do direito no momento adequado, sem que se demande a atuação judicial para a concretização do direito. Para tanto, será proposto, mais adiante, o licenciamento social em casos de instalação de empreendimentos industriais.

Além disso, há que se ressaltar que em muitos casos a atuação jurisdicional não consegue trazer o bem da vida pleiteado devido à impossibilidade de retorno ao *statu quo ante*, focando-se em uma solução indenizatória, que não é a ideal. Neste sentido, o ordenamento jurídico, no que tange ao aspecto processual, prevê a possibilidade de decisões antecipatórias de mérito (artigo 273)<sup>999</sup>, além de privilegiar a tutela específica em casos de obrigações de fazer e não fazer em detrimento de indenizações compensatórias (artigos 461 e 461-A)<sup>1000</sup>.

<sup>999</sup> BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em 14 ago. 2012, 12:27:57. Id. **Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994.** Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8952.htm#art273](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm#art273)>. Acesso em 14 ago. 2012, 12:31:23. Id. **Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002.** Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10444.htm#art273%3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10444.htm#art273%3)>. Acesso em 14 ago. 2012, 12:33:04. **Art. 273.** O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou; II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que caracterizar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

<sup>1000</sup> Id. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Op. Cit. Id. **Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994.** Op. Cit. Id. **Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002.** Op. Cit. **Art. 461.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na

Neste caso, visa-se à efetivação do direito material por intermédio da ação jurisdicional<sup>1001</sup>. Esta é uma forma de efetivar direitos. Entretanto, este trabalho objetiva uma forma alternativa de efetivar direitos, por meio de uma atuação preventiva do Estado no sentido de evitar a lesão ou ameaça de lesão a direitos, focalizando a fruição do direito no momento em que se esperaria o seu gozo e não após este tempo com o ajuizamento de ação.

Até porque o acesso à justiça tem diversos obstáculos a serem transpostos, o que pode dificultar ou até mesmo impossibilitar a fruição do direito por meio da atuação processual. Ou seja, dificuldades de diversos gêneros podem influenciar no acesso à justiça e, por conseguinte, afetarem negativamente a busca judicial por direitos que deveriam ter sido observados.

Destarte, o tema do acesso à justiça há de ser tocado até para reforçar a ideia de que a atuação preventiva é necessária.

Primeiramente, entende-se que o acesso à justiça é algo mais profundo que o mero acesso ao Poder Judiciário. O acesso à justiça envolve a questão da “paridade de armas” entre as partes, algo utópico, que não pode ser alcançado. “As diferenças entre as partes não podem jamais ser erradicadas”. O ponto crucial é buscar reduzir estas diferenças ao máximo, o que passa pela identificação dos obstáculos para o acesso à justiça<sup>1002</sup>.

Os obstáculos são de três ordens: (a) custas judiciais; (b) possibilidades das partes;

---

sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. **Art. 461-A.** Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1o a 6o do art. 461.

<sup>1001</sup> Neste contexto, há o princípio da efetividade do processo, por meio do qual se entende que o processo há de ser um instrumento em busca da efetivação do direito material vindicado e que deveria ter sido observado no momento oportuno. Como não o foi, intenta-se, por intermédio do direito de ação, a consecução do bem da vida. Neste sentido, vide, entre outros: MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 1: Teoria Geral do Processo. 2ª; Ed. Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 218-224; Id. **Técnica Processual e Tutela de Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 165-247; WATANABE, Kazuo. Da **Cognição no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 15-25; MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Direito Processual do Trabalho: Efetividade, Acesso à Justiça e Procedimento Oral**. São Paulo: LTr, 1998. p. 17-20; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11ª. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 39-40.

<sup>1002</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça** [Access to Justice]. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 15.

e (c) problemas especiais dos interesses difusos.

As custas judiciais são um fator impeditivo ou, ao menos, inibidor para o ajuizamento de ações para pessoas pobres. Em alguns sistemas, então, não há a condenação da parte vencida em ônus da sucumbência, ou seja, mesmo que a parte vença uma ação ela terá de arcar com os honorários de advogado. Por outro lado, nos sistemas de condenação em ônus da sucumbência, a parte pode ter o receio de ajuizar a ação, porque se ela perder terá de arcar com os honorários do advogado da parte adversária<sup>1003</sup>.

Ainda no que concerne às custas processuais, há as ações de pequenas causas que, devido aos valores postos em questão, poderá desestimular a demanda judicial, visto que a parte não teria incentivo econômico para demandar em juízo, não obstante o direito tivesse sido violado<sup>1004</sup>.

Por fim, no que tange às custas judiciais há o fator tempo, que é deletério à parte mais pobre no processo. A mora processual “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”. A Justiça que não cumpre sua missão dando uma resposta célere não pode ser considerada como uma justiça acessível<sup>1005</sup>.

No caso de ações trabalhistas este aspecto é bastante presente e vivenciado pelos operadores do Direito do Trabalho. O cotidiano da Justiça do Trabalho é marcado por inúmeras ações trabalhistas ajuizadas, o que reflete o descumprimento da legislação de forma geral, além da enormidade de conciliações entabuladas, em muitos casos com renúncia de direitos. Neste compasso, é interessante transcrever uma passagem de uma dissertação de mestrado defendida na Universidade de São Paulo<sup>1006</sup>:

Conforme anteriormente exposto, em média, mais de dois milhões de reclamações trabalhistas são propostas a cada ano na Justiça do Trabalho. Tais dados, aliados ao fato de que o índice de improcedência dessas reclamações é

<sup>1003</sup> Ibid., p. 15-18. Vide, também: MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Direito Processual do Trabalho: Efetividade, Acesso à Justiça e Procedimento Oral**. Op. Cit. p. 129-132; SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Cidade, n. 21, novembro de 1986, p. 19; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 2ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2008.

<sup>1004</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Op. Cit. p. 19-20.

<sup>1005</sup> Ibid., p. 20-21. Vide, também: SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. Op. Cit. p. 19-20; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Op. Cit.

<sup>1006</sup> HIRANO, Ana Farias. **Acordos Homologados na Justiça do Trabalho: uma Análise dos Dissídios Individuais na Fase de Conhecimento**. 2009. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. p. 98-99.

baixo (7%), indicam que os direitos trabalhistas são descumpridos constantemente pelos empregadores, o que compromete sua eficácia.

Aproximadamente, 45% do total dessas reclamações são solucionadas mediante conciliação judicial. O número de conciliações é ainda mais expressivo quando excluídas as ações arquivadas, extintas ou aquelas em que houve desistência por parte do demandante, passando para cerca de 65%.

Tais dados demonstram a grande importância da conciliação na solução de reclamações trabalhistas. Contudo, apesar de sua importância, são poucos os trabalhos dedicados à conciliação nos dissídios individuais do trabalho.

A despeito de sua grande relevância, é fato notório, e imagina-se que a pesquisa de campo conduzida neste estudo tenha demonstrado, que muitos acordos são homologados sem a necessária correspondência com os preceitos jurídicos pertinentes ao tema, conforme acima explicitado. Isto porque a grande maioria dos acordos é homologada em audiência inicial, na qual boa parte dos magistrados conduz a conciliação apenas em termos pecuniários, tentando chegar a um valor intermediário diante do montante que foi pedido e o montante oferecido pela parte contrária. Dessa forma, desconsideram-se os direitos pleiteados, a situação fática envolvida, as provas que tenham sido juntadas, e todos os demais dados importantes na investigação do que realmente é devido ou não ao empregado, ou seja, se há direitos indisponíveis em jogo.

Ao atuar desta forma, a própria Justiça do Trabalho homologa muitos acordos que envolvem renúncias a direitos trabalhistas, e não apenas transação de direitos realmente controversos. Quando a conciliação em audiência inicial é conduzida somente em termos pecuniários, o magistrado não tem a oportunidade de conhecer os argumentos da reclamada. Não conhecendo os fatos que envolvem o litígio, nem de maneira informal, pela breve exposição dos fatos pelas partes, o juiz não tem como verificar a existência de *res dubio*, requisito essencial para a transação, como já visto.

E mais adiante prossegue, ressaltando que as ações são propostas após o término do pacto laboral por conta da inexistência de estabilidade no emprego e, ainda, que os acordos são entabulados também em função da demora processual<sup>1007</sup>:

Como visto, o desemprego atinge parcela considerável da população economicamente ativa do nosso país, e o tempo de recolocação no mercado de trabalho demora, em média, até seis meses, sendo que para mais de 18,7% dos desempregados, a recolocação só vem a se concretizar depois de sete a vinte e

---

<sup>1007</sup> Ibid., p. 101.

quatro meses. Diante desses dados, pode-se presumir que o trabalhador dispensado encontra-se em estado de necessidade, pois provavelmente não conseguirá outro emprego imediatamente após a dispensa, e as verbas rescisórias que deveriam prover seu sustento até conseguir nova colocação, em boa parte dos casos, simplesmente não foram pagas, ou foram apenas parcialmente pagas pelo ex-empregador.

Dentro desse contexto, é provável que, caso tenha proposto reclamação trabalhista contra o ex-empregador, o trabalhador prefira receber no ato da audiência, ainda que quantia inferior à pleiteada, do que ter de suportar a demora do processo de conhecimento e a execução.

Sabe-se, ainda, que considerável parcela de trabalhadores cujos direitos foram inadimplidos não ingressa com ação. Em qualquer uma das situações (não ingressar com reclamação, ou aceitar acordos lesivos) a vantagem é justamente do devedor, do empregador que não observou os direitos trabalhistas.

Observa-se, então, o quão problemática é a questão do acesso à justiça, mormente no que diz respeito à Justiça do Trabalho. Há outro aspecto desta Justiça especializada que também pode representar um entrave ao acesso à justiça, ou, no mínimo, uma perda de parte das parcelas devidos ao trabalhador que ajuíza uma ação trabalhista: os honorários do advogado.

Isto porque, no Direito Processual Civil, por exemplo, há a questão da sucumbência, prevista nos artigos 20 e 21, do CPC<sup>1008</sup>:

Artigo 20: A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976).

Artigo 21: Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Ou seja, aquele que vencer o processo poderá ter ressarcidos os valores que adiantara a título de despesas e honorários advocatícios. Considerando que na Justiça do

---

<sup>1008</sup> BRASIL. **Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970**. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15584.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15584.htm)>. Acesso em 15 ago. 2012, 11:04:59.

Trabalho a ampla maioria das ações apresentam caráter gratuito, o fundamental reside nos honorários de advogado, que, por óbvio, não são gratuitos.

Neste aspecto, no Direito Processual do Trabalho entende-se que os honorários de advogado são devidos pelo vencido quando houver assistência judiciária e esta é prestada houver a atuação do sindicato em favor do reclamante. É o que está previsto nos artigos 14 e 16, da Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970<sup>1009</sup>:

Artigo 14: Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

§ 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado.

Artigo 16: Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.

E o Tribunal Superior do Trabalho adota o posicionamento de que os honorários advocatícios somente serão pagos em casos de assistência judiciária, o que ocorre, como visto, em caso de patrocínio da causa pelo sindicato respectivo<sup>1010</sup>:

#### HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (nova

<sup>1009</sup> Id. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Op. Cit. Id. **Lei n. 6.355, de 08 de setembro de 1976**. Altera o caput do artigo 20 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6355.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6355.htm#art1)>. Acesso em 15 ago. 2012, 10:47:28.

<sup>1010</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 219**. Editada originariamente pela Resolução n. 14, de 26 de setembro de 1985. O acréscimo dos incisos II e III veio com a Resolução n. 174, de 27, 30 e 31 de maio de 2011. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-219](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219)>. Acesso em 15 ago. 2012, 11:18:07.

redação do item II e inserido o item III à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), **não decorre pura e simplesmente da sucumbência**, devendo a parte estar **assistida por sindicato da categoria profissional** e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985).

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego (grifou-se).

Ou seja, o entendimento que prevalece na Justiça do Trabalho é o de que o pagamento dos honorários advocatícios pela parte contrária somente em casos de assistência judiciária por sindicato da respectiva categoria profissional, não decorrendo pura e simplesmente da sucumbência. Assim, se o reclamante ajuizar a ação sem o patrocínio do sindicato terá de arcar com os honorários do advogado, algo que é corriqueiro no cotidiano da Justiça do Trabalho.

Mesmo que se faça referência ao *jus postulandi*, que é o direito de o reclamante peticionar diretamente na Justiça do Trabalho, independentemente de auxílio de advogado<sup>1011</sup>, pode haver uma piora na qualidade da prestação jurisdicional, primeiro porque não se pode substituir a figura do advogado pela do servidor da Justiça do Trabalho, além disso o acesso à justiça deve ser concebido como a defesa efetiva do direito e não simplesmente pela facilitação do mero acesso ao Poder Judiciário<sup>1012</sup>.

Prosseguindo com os empecilhos ao acesso à justiça há o aspecto relativo à possibilidade das partes. Neste ponto, ressaltam-se três situações<sup>1013</sup>:

(a) recursos financeiros: pessoas com maiores recursos financeiros apresentam

<sup>1011</sup> BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Op. Cit. Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

<sup>1012</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Direito Processual do Trabalho: Efetividade, Acesso à Justiça e Procedimento Oral**. Op. Cit. p. 131.

<sup>1013</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Op. Cit. p. 21-26. Vide, também: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à Sociologia da Administração da Justiça**. Op. Cit. p. 21-23; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Op. Cit.

vantagens óbvias, como a possibilidade de pagarem para litigar, suportando as despesas processuais, além de terem melhores condições de esperar delongas processuais;

(b) aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação em sua defesa: o acesso à justiça começa antes mesmo do ajuizamento da ação. A pessoa, inicialmente, tem de ter consciência de seus direitos e de que determinadas condutas praticadas por outrem os violam, sendo que isto depende muito do tipo de educação que a pessoa tem ou teve, do meio em que vive e do seu *status* social. Ademais, podem haver dificuldades culturais, porque nem sempre é fácil mobilizar uma pessoa a procurar o Judiciário para concretizar seu direito;

(c) litigantes “eventuais” e litigantes “habituais”: no primeiro caso são litigantes com reduzido contato com o aparelho judicial, ao passo que os últimos apresentam “experiência judicial mais intensa”. Os últimos apresentam numerosas vantagens sobre os primeiros, como maior experiência com o Direito, o que lhes propicia um planejamento de como prosseguir com a demanda; a economia de escala devido à maior quantidade de casos; possibilidade de estabelecimento de relações informais com os órgãos de decisão; diluição dos riscos da demanda por conta de um maior número de casos; traçar estratégias em alguns casos para usar em situações futuras em caso de êxito nas primeiras.

Transferindo estes estudos para o que verifica na Justiça do Trabalho, tem-se que a empresa apresenta, preliminarmente, vantagens quando do ajuizamento da ação.

Em relação aos recursos financeiros, por óbvio a empresa tem maiores condições de arcar com a demora processual, com honorários de advogados mais experientes, com eventuais assistentes periciais, o que pode lhe favorecer sobremaneira na demanda.

No que concerne à aptidão para reconhecer um direito e o impulso para ajuizar uma ação a fim de defendê-lo ou efetivá-lo, já foi mencionado anteriormente que nem sempre o trabalhador que tem direitos violados busca a Justiça do Trabalho. Os motivos podem ir do não reconhecimento de seus direitos, mas também pode decorrer de aspectos culturais ou de temor de que eventual ação trabalhista possa lhe prejudicar na consecução de novo emprego (como é o caso das “listas negras”, tão combatidas pelo Ministério Público do Trabalho)<sup>1014</sup>.

<sup>1014</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista (RR) n. 9955600-93.2005.5.09.0091**. Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 17.11.10. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/index.jsp>>. Acesso em: 15 ago. 2012, 11:50:36. EMENTA: RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. DANO MORAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. NORMA APLICÁVEL. A jurisprudência desta Corte vem firmando entendimento no sentido de que o prazo prescricional para postular indenização decorrente de dano moral e/ou material decorrente da relação de emprego é o previsto no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. Recurso de revista

Ainda em relação aos obstáculos ao acesso à justiça há os problemas específicos pertinentes aos direitos difusos. Os direitos difusos, conforme salientado antanho, são direitos de titulares indeterminados e de carácter indivisível. E exatamente por tais características torna-se inviável uma defesa individual de tais direitos, até porque não terão interesse financeiro ou o aspecto financeiro será reduzido quando comparado ao tamanho e à complexidade de uma demanda relativa a direitos difusos<sup>1015</sup>.

Em relação a este ponto o Ministério Público do Trabalho é a instituição com vocação para atuar nestes casos e é o que tem sido feito.

**189.** Até o presente momento foram estudados os direitos fundamentais de forma geral, abordando-se aspectos teóricos considerados importantes para o desenvolvimento do trabalho. Além disso, os direitos sociais, como integrantes dos direitos fundamentais, igualmente foram abordados de forma teórica, detalhada e minuciosa, porquanto tais direitos representam o núcleo desta tese. Enfim, os direitos de terceira dimensão, mais especificamente, o Direito Ambiental, suas características, relações com o Direito do Trabalho e seus princípios.

Paralelamente, verificou-se, de um lado, que os direitos fundamentais merecem a mais elevada atenção do Estado para serem concretizados, ressaltando-se, inclusive, uma função de proteção por parte do ente público, no sentido de efetivar os direitos fundamentais, visando afastar-lhes de lesões ou ameaças de lesões por parte de terceiros.

De outro lado, os princípios da precaução e da prevenção, estudados sob o enfoque do Direito Ambiental, preconizam uma atuação estatal preventiva e anterior à ocorrência do dano, salientando-se que eles são aplicáveis no contexto dos direitos fundamentais, mormente o Direito do Trabalho, até porque o homem integra o meio ambiente e não seria factível que o Estado devesse tutelar o meio ambiente natural e não o fizesse em relação a direitos fundamentais de titularidade do ser humano, até como forma de concretizar o princípio da dignidade humana.

Considerando-se todos estes pontos, a atuação estatal preventiva torna-se um

---

conhecido e não provido. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. MARCO INICIAL. CONHECIMENTO DA LESÃO. O Tribunal Regional, com arrimo no suporte fático dos autos, registrou como marco inicial para a contagem do prazo prescricional a data em que se efetivou a apreensão da – lista negra – (23/07/2002), em ação cautelar ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, quando então se tornou pública sua existência e quem nela figurava. Portanto, não se verifica a invocada infringência ao artigo 333, II, do CPC, porque o Regional, ao emitir pronunciamento sobre o marco inicial da prescrição, não o fez sob a ótica da distribuição do ônus da prova, tampouco foi instado a fazê-lo mediante a oposição de embargos declaratórios, pelo que incide a Súmula nº 297 do TST. Incidência das Súmulas 23, 126 e 296 do TST. Recurso de revista não conhecido.

<sup>1015</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Op. Cit. p. 26-28.

imperativo no contexto de efetiva fruição de direitos fundamentais. E ela há de ser feita sobretudo porque o direito, principalmente o direito fundamental, há de ser gozado no momento adequado, naquele em que se espera a fruição e não em situação posterior, tal como ocorre (e nem sempre ocorre) quando há a atuação judicial.

Sublinhou-se, outrora, que há diversos obstáculos ao acesso à justiça o que corrobora este entendimento da necessidade de uma atuação anterior à ocorrência da lesão ao direito fundamental, sendo que a proposta desta tese é a de que uma forma de atuação preventiva por parte dos órgãos públicos seria por meio da exigência de licenciamento social para a instalação de indústrias.

Para tanto, o próximo capítulo volta-se ao estudo de três empreendimentos industriais em localidades distintas, focalizando-se os efeitos sociais deles advindos, principalmente em relação aos direitos trabalhistas. A partir deste estudo é que se poderá ter uma ideia da questão social trazida por tais empreendimentos, a fim de subsidiar a proposta da tese, que será objeto do último capítulo.