

Coordenadores
Wilson Ramos Filho
Leonardo Vieira Wandelli
Thereza Christina Gosdal

Trabalho e regulação

As lutas sociais e as condições materiais da democracia

VOLUME II

Colaboradores

Ana Paula Nunes Mendonça
André Ricardo Lopes da Silva
Andrea Saint Pastous Nocchi
Bráulio Gabriel Gusmão
Camila Sailer Rafanhim de Borba
Camila Sayuri Yoshida
Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho
Manuel E. Gándara Carballido

Marcelo Giovanni Batista Maia
Marcos Neves Fava
María José Farinhas Dulce
Mariana Krieger
Oscar Zas
Ricardo Nunes de Mendonça
Ubirajara Carlos Mendes

INSTITUTO DEFESA DA
CLASSE
TRABALHADORA

Projeto Editorial Praxis

 **CLACSO**

Trabalho e regulação

Coordenadores
Wilson Ramos Filho
Leonardo Vieira Wandelli
Thereza Christina Gosdal

Trabalho e regulação

As lutas sociais e as condições materiais da democracia

VOLUME II

Colaboradores

Ana Paula Nunes Mendonça
André Ricardo Lopes da Silva
Andrea Saint Pastous Nocchi
Bráulio Gabriel Gusmão
Camila Sailer Rafanhim de Borba
Camila Sayuri Yoshida
Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho
Manuel E. Gándara Carballido

Marcelo Giovani Batista Maia
Marcos Neves Fava
María José Farinhas Dulce
Mariana Krieger
Oscar Zas
Ricardo Nunes de Mendonça
Thereza Cristina Gosdal
Ubirajara Carlos Mendes

INSTITUTO DEFESA DA
CLASSE
TRABALHADORA

Projeto Editorial Praxis

 **CLACSO**

canal6 editora

1ª edição 2015
Bauru, SP

Copyright do Autor, 2015

Coordenador do Projeto Editorial Praxis

Prof. Dr. Giovanni Alves

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antonio Thomaz Júnior – UNESP

Prof. Dr. Ariovaldo de Oliveira Santos – UEL

Prof. Dr. Francisco Luis Corsi – UNESP

Prof. Dr. Jorge Luis Cammarano Gonzáles – UNISO

Prof. Dr. Jorge Machado – USP

Prof. Dr. José Meneleu Neto – UECE

Ilustração da capa

“Iron and Coal” – William Bell Scott (1855–60)

T758 Trabalho e regulação: as lutas sociais e as condições materiais da democracia - Volume II / Wilson Ramos Filho, Leonardo Vieira Wandelli e Thereza Christina Gosdal (orgs). — Bauru: Canal 6, 2015.

441 p. ; 23 cm. (Projeto Editorial Praxis)

ISBN 978-85-7917-316-5

1. Direito do trabalho. 2. Direitos humanos. I. Ramos Filho, Wilson. II. Wandelli, Leonardo Vieira. III. Gosdal, Thereza Christina. IV. Título.

CDD: 348.6

Projeto Editorial Praxis
Free Press is Underground Press
www.canal6editora.com.br

Impresso no Brasil/Printed in Brazil
2015

SUMÁRIO

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ■ APRESENTAÇÃO | 7 |
| ■ A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE AOS CONTRATOS DE TRABALHO TERCEIRIZADOS – UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO..... | 11 |
| ANDRÉ RICARDO LOPES DA SILVA CLÁUDIA DE OLIVEIRA CRUZ CARVALHO | |
| ■ ENFRENTAMENTO DO TRABALHO INFANTIL, MAIS QUE UMA ESCOLHA, UMA OBRIGAÇÃO..... | 33 |
| ANDRÉA SAINT PASTOUS NOCCHI MARCOS NEVES FAVA | |
| ■ O ACESSO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E LEI DE COTAS: A POSSIBILIDADE DE ABORDAGEM DIVERSA DO <i>STANDARD JURISPRUDENCIAL</i> | 55 |
| BRÁULIO GABRIEL GUSMÃO | |
| ■ A INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA NORMATIVA NACIONAL E O SEU CONTEÚDO EM ÂMBITO TRABALHISTA..... | 71 |
| CAMILA SAYURI YOSHIDA | |
| ■ A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS NA HISTÓRIA BRASILEIRA. O PAPEL DA EC 72/2013 | 101 |
| CAMILA SAILER RAFANHIM DE BORBA | |
| ■ A RECONSTRUÇÃO NORMATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO..... | 123 |
| LEONARDO VIEIRA WANDELLI | |
| ■ DERECHOS HUMANOS Y CAPITALISMO: REFLEXIONES EN PERSPECTIVA SOCIO-HISTÓRICA..... | 155 |
| MANUEL E. GÁNDARA CARBALLIDO | |

| | | |
|---|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ■ | DISCRIMINAÇÃO POR IDADE: ESTUDO DE CASO DO DESPEDIMENTO DOS 680 TELEFÔNICOS NO PARANÁ | 181 |
| | MARCELO GIOVANI BATISTA MAIA | |
| ■ | DERECHOS SOCIALES Y CONSTITUCIÓN MATERIAL: IDAS Y VENIDAS EN LA EXCLUSIÓN MATERIAL | 211 |
| | MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE | |
| ■ | O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E SUA (ESTREITA) RELAÇÃO COM O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE | 231 |
| | MARIANA GUSSO KRIEGER | |
| ■ | EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO | 253 |
| | OSCAR ZAS | |
| ■ | ANÁLISE DOGMÁTICA NOS TRIBUNAIS DO TRABALHO BRASILEIROS SOBRE A PROVISORIEDADE DA ALTERAÇÃO DO LOCAL DE TRABALHO NO PAÍS E A INCIDÊNCIA DO ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA | 359 |
| | RICARDO NUNES DE MENDONÇA ANA PAULA NUNES MENDONÇA | |
| ■ | SOLUÇÕES JURÍDICAS PARA A NÃO-DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO EMPREGO | 381 |
| | THEREZA CRISTINA GOSDAL | |
| ■ | IMPROPRIEDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA VEICULAR PEDIDO DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONVENCIONAL | 395 |
| | UBIRAJARA CARLOS MENDES | |
| ■ | CRISE CAPITALISTA E DIREITOS SOCIAIS: O PROCESSO POLÍTICO ELEITORAL EM WEIMAR E A ASCENÇÃO DO NAZISMO | 417 |
| | WILSON RAMOS FILHO | |

APRESENTAÇÃO

Atendendo ao honroso convite que nos foi proposto, o Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil tem o prazer de apresentar à comunidade acadêmica a obra “Trabalho e Regulação. As lutas sociais e as condições materiais da democracia”, coordenada pelos Professores Doutores Wilson Ramos Filho, Leonardo Vieira Wandelli e Thereza Cristina Gosdal.

A obra tem por objetivo divulgar o resultado das pesquisas levadas a efeito no Grupo de Pesquisa “Trabalho e Regulação no Estado Constitucional”. Sob a liderança dos Professores Wilson Ramos Filho e Leonardo Vieira Wandelli, sete pesquisadores e dezesseis estudantes, que compõem os Programas de Pós-Graduação em Direito da UniBrasil e da Universidade Federal do Paraná, realizam investigações científicas nos eixos “Jurisprudência Crítica e Crítica da Jurisprudência”, coordenado pelo Professor Msc. Ricardo Nunes Mendonça, “Trabalho, Direito e Lutas Instituintes”, coordenado pelo Professor Msc. Nasser Ahmad Allan, e “Lutas Antipatriarcais e Contra a Discriminação”, coordenado pela Professora Thereza Cristina Gosdal.

Continuamente os pesquisadores submetem suas pesquisas ao debate com a comunidade acadêmica, representada por convidados de universidades brasileiras e estrangeiras, e com a sociedade, representada por líderes sindicais e trabalhadores. Trata-se de fazer da “Constituição e Condições Materiais da Democracia” não apenas a linha de pesquisa que articula as investigações científicas do grupo, mas que articula seu diálogo com a sociedade.

As linhas mestras do GPTREC evidenciam-se neste segundo volume, no qual se acham reunidos quatorze textos que congregam o conhecimento científico e a prática social concreta de seus pesquisadores e convidados, compostos por professores, assessores, advogados e juízes. É possível identificar como fios condutores dos textos os seguintes temas: (i) o direito fundamental ao trabalho, (ii) a teoria crítica dos direitos humanos nas relações laborais e (iii) a tensão entre capital e trabalho em face do intervencionismo. Os trabalhos ainda são permeados pelo legado de Joaquín Herrera Flores e por uma perspectiva interdisciplinar, na qual o Direito dialoga com a Sociologia e a História, construindo uma teoria crítica do Direito do Trabalho.

Partindo do paradoxo da “centralidade inefetiva do direito fundamental ao trabalho”, Leonardo Vieira Wandelli combina seus fundamentos e dimensões em “A reconstrução normativa do direito fundamental ao trabalho”, com vistas a tornar mais nítidos os contornos do que ele denomina de um “megadireito”. Trata-se, ainda, de deslocar as atenções da doutrina e da jurisprudência do acesso ao trabalho para evidenciá-lo como um fator de emancipação do trabalhador, já que possibilita a construção de sua identidade e o desenvolvimento de sua personalidade. Esta tarefa é conduzida por Mariana Gusso Krieger em “O direito fundamental ao trabalho e sua (estreita) relação com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade”.

Na esteira dessa concretização do direito fundamental ao trabalho como um instrumento de livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, os juízes Andréa Saint Pastous Nocchi e Marcos Neves Fava, em “Enfrentamento do trabalho infantil, mais que uma escolha, uma obrigação”, transpõem o tema do trabalho infantil da invisibilidade delineada pela cultura brasileira para uma perspectiva crítica, acentuando a necessidade de sua proteção.

Atentando para este último tema, a concorrência entre as normas de direito interno e de Direito Internacional, o magistrado argentino e catedrático de Direito Social da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad Nacional de La Plata, demonstra em “*El impacto del derecho internacional de los derechos humanos laborales en el ordenamiento jurídico argentino*”, que as normas de direitos humanos, que se aplicam às relações de trabalho, promovem a proteção da dignidade essencial da pessoa humana.

Em “O acesso ao trabalho da pessoa com deficiência e lei de cotas: a possibilidade de abordagem diversa do *standart* jurisprudencial” o juiz Bráulio Gabriel Gusmão defende uma tutela processual adequada na seara trabalhista para efetiva concretização do direito fundamental ao trabalho da pessoa com deficiência. Já em e “A incorporação da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na Nor-

mativa Nacional e o seu conteúdo em âmbito trabalhista”, a assessora do Ministério Público do Trabalho Camila Sayuri Yoshida, dá continuidade ao tema para concluir que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é um instrumento peculiar de proteção deste grupo mais vulnerável nas relações de trabalho, devendo ser recepcionada pelo ordenamento jurídico com o *status* de emenda constitucional.

A exclusão de determinados trabalhadores do âmbito de proteção da legislação trabalhista também é tema enfrentado por Camila Sailer Rafanhim de Borba, em “A efetividade dos direitos sociais dos empregados domésticos na história brasileira. O papel da EC 72/2013”. Realizando uma incursão pela sociologia, a autora lança um olhar crítico à Emenda Constitucional nº 72, afirmando que não se trata de um ponto de chegada, mas de um ponto de partida na luta pelos direitos dos trabalhadores domésticos.

Transpondo as investigações do grupo de pesquisa para a tutela coletiva do trabalhador, o desembargador do TRT-PR, Ubirajara Carlos Mendes defende a “Impropriedade da ação civil pública para veicular pedido de nulidade de cláusula convencional”, depositando na ação civil pública um instrumento processual de correção de injustiças sociais.

O legado de Joaquín Herrera Flores está presente de modo mais intenso em “*Derechos humanos y capitalismo: reflexiones em perspectiva socio-histórica*” do professor da Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Manuel E. Gándara Carballido, e em “*Derechos sociales y constitución material: idas y venidas en la exclusión material*”, da catedrática de Filosofia e Sociologia do Direito da Universidad Carlos III, em Madrid, María José Fariñas Dulce.

O tema dos direitos humanos ainda se traduz nas relações laborais nos casos de discriminação. O Direito do Trabalho tem avançado nesta temática e ensinado aos outros ramos do Direito a imprescindibilidade de combatê-la. Em “Soluções jurídicas para a não-discriminação das pessoas com deficiência no emprego”, a desembargadora do TRT-PR e professora da UFPR, Thereza Cristina Gosdal introduz o tema, ao rejeitar uma postura tão somente assistencialista da Sociedade e do Estado às pessoas com deficiência e afirmar a necessidade de seu empoderamento. De acordo com suas palavras, “a pessoa com deficiência não quer ser tutelada, ou ser objeto de ação de caridade. Ela quer ser sujeito de direito, agente de sua própria história. O que pressupõe a passagem pelo acesso ao trabalho.” O tema também foi objeto de estudo em “Discriminação e o caso emblemático dos 680 telefônicos dispensados no Paraná”, de autoria de Marcelo Giovani Batista Maia. O professor de Direito do Trabalho da UniBrasil e advogado militante reporta-se à demissão em massa de traba-

lhadores da Telepar nos anos noventa, cuja maioria tinha mais de quarenta anos. O caso tornou-se emblemático por sancionar a discriminação indireta, afirmando na Justiça do Trabalho o princípio da igualdade e seu significado, o direito à diferença.

Afirmando que o Direito do Trabalho está permeado pelas ideologias que sustentam o capitalismo, Ricardo Nunes de Mendonça e Ana Paula Nunes Mendonça traduzem esta ideia em “Análise dogmática nos tribunais do trabalho brasileiros sobre a provisoriedade da alteração do local de trabalho no país e a incidência do adicional de transferência”.

Semelhante fundamentação é aprofundada em “Crise capitalista e direitos sociais: O processo político eleitoral em Weimar e a ascensão do nazismo”. O artigo é uma atenta investigação histórica dos sentidos do intervencionismo do Estado nas relações de trabalho de autoria de Wilson Ramos Filho. Para tanto, o professor da UFPR rejeita a perspectiva de uma história contínua e progressiva do intervencionismo, revelando suas discontinuidades e rupturas. Realizando comparações com o modelo inaugurado pela Constituição de Weimar, desmistifica um “intervencionismo invertido”, que esvazia o Direito do Trabalho da proteção dos direitos sociais. Pelas mãos do autor, encerra-se a obra, proclamando a necessidade de desvendar “uma ideologia autoritária que banaliza o mal” e a “potencialização das lutas sociais de modo a permitir uma nova materialização da correlação de forças, nas leis e nos convênios coletivos.”

Rosalice Fidalgo Pinheiro

Doutora em Direito das Relações Sociais junto à UFPR
Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE AOS CONTRATOS DE TRABALHO TERCEIRIZADOS – UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

André Ricardo Lopes da Silva¹
Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho²

1. INTRODUÇÃO

A questão afeta à terceirização nas relações de trabalho, embora longe de ser uma discussão nova no meio acadêmico e judiciário, continua em voga nos dias atuais, revestindo-se, cada vez mais, de polêmica (que não deverá ser arrefecida tão cedo, frise-se) entre aqueles que defendem uma abertura maior desta modalidade de contratação a fim de – sob tal visão – fomentarem a economia, tornando-a imperiosa para a sobrevivência do mercado, e aqueles que a veem como uma forma de precarizar - ainda mais - direitos básicos dos trabalhadores.

O Supremo Tribunal Federal parece ter tomado frente da discussão (confirmando, assim, a atualidade da matéria), ao reconhecer, recentemente, repercussão geral em um processo em que se discutia a legalidade da terceirização defendida

-
- 1 Mestrando Programa de Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho e Regulação no Estado Constitucional – GPTREC (CNPq). Advogado Trabalhista em Curitiba. E-mail: lopes_2001@hotmail.com
 - 2 Mestranda no Programa de Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL, bolsa/taxa CAPES. Membro do Núcleo de Investigações Constitucionais – NUPECONST (CNPq). Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professora da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP. Atua com contratações públicas federais desde 2004. claudiaocruz@hotmail.com

por empresa do ramo de extração, sendo que a análise do caso se dará a partir dos conceitos de atividade-meio e atividade-fim³.

Já no que se refere à Administração Pública, a questão não é menos polêmica. Todavia, nesta seara a relevância da distinção entre atividade-meio e atividade-fim é atenuada, pois, se consideramos os fins almejados pelo Estado, que muitas vezes consistem em obrigações contidas inclusive no texto constitucional, todas as funções estatais deveriam ser exercidas diretamente pela Administração, ou ao menos aquelas de natureza eminentemente pública.

Contudo, vale ressaltar, apenas em caráter ilustrativo, que poderíamos classificar atividades-fim e atividades-meio no sentido de que as primeiras dizem respeito às atuações voltadas mais diretamente aos administrados, como ensino, pavimentação de ruas, coleta do lixo. As segundas concernem no âmbito interno da Administração ou aparecem como atividades de apoio para o desempenho das primeiras, como, por exemplo, a recepção de documentos na emissão de passaporte, os serviços de limpeza e conservação, serviços contábeis, serviços gerais de expediente, os serviços de arquivo⁴.

Partindo da premissa acima descrita, podemos tomar como exemplo o dever do Estado de prestar educação, conforme artigo 205 da Constituição Federal⁵. Para isso, não seria exagero dizer que a contratação de empresa especializada do ramo para executar uma obra de construção de escola seria uma forma indireta de terceirizar uma atividade estatal de fins precípuos.

3 Processo Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713211, ainda sem previsão de julgamento. A matéria tem sido de fato polêmica e ensejou a atuação de diversos órgãos de classe, como por exemplo, a ANAMATRA – Associação Nacional de Magistrados do Trabalho – que ingressou no feito na condição de *amicus curiae*. O relator, Ministro Luiz Fux, afirmou que a delimitação das hipóteses de terceirização diante do que se compreende por atividade-fim é matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar. Informações extraídas do site do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267100>, e, com relação ao atual andamento do processo, ver: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>, ambos os acessos em 26.02.2015.

4 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 112.

5 CF/1988, art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Situação distinta ainda é o caso de empresas cuja atividade pode ser considerada privada, mas que possuem participação estatal na constituição de seu capital, e que contém em seus quadros empregados terceirizados, realizando atividades justamente afetas ao objeto do contrato social.

Mesmo em período anterior a atual Carta Magna vigente, a doutrina já revelava o fenômeno da assunção de funções, pelo Estado, outrora só concedidas à iniciativa privada. Em eminente estudo sobre o tema na década de 1970, Celso Antônio Bandeira de MELLO observava que “o Poder Público, invejando a eficiência das sociedades comerciais, tomou de empréstimo os figurinos do direito privado e passou a adotar-lhe os processos de ação, constituindo pessoas modeladas à semelhança delas para prestação dos mais variados serviços⁶”. E arremata, mais adiante, que “a isto foi impelido tanto pelo objetivo de ganhar mais eficiência quanto, em certos casos, pela natureza peculiar da atividade que, por assim dizer, não se compatibilizaria com outro meio de ação⁷”.

Por sua vez, Marcos MALISKA identifica várias destas entidades como uma espécie de “...cooperação material do poder público com a sociedade⁸”, que podem decorrer tanto de lei como de acordo entre as partes.

Cita este autor, a título exemplificativo, as sociedades de economia mista, “... que se caracterizam, segundo a legislação brasileira, como entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, criadas por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria ao Estado. Ainda que a finalidade da sociedade seja a exploração de atividade econômica e a mesma não goze de nenhum benefício fiscal, a participação do Estado como parceiro do setor privado apenas se justifica em razão do interesse público na exploração daquela atividade econômica específica⁹”. Fala-se ainda, nestes casos, na insuficiência estrutural da Administração Pública para algumas atividades específicas que demandariam uma reserva orçamentária muito aquém a sua possibilidade no exercício financeiro.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta: concessão e permissão de serviço público, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações governamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. p. 88.

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Idem**. p. 88.

8 MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 90.

9 MALISKA, Marcos Augusto. **Idem**. p. 90-91.

Escapa ao objeto do presente estudo tecer maiores considerações sobre a natureza das atividades estatais, seja na concepção pura do termo, no sentido de deveres e obrigações assumidas pelo Estado, seja como tal consideradas aquelas de cunho privado que são assumidas por este. De toda sorte, é certo que, a partir do momento em que a Administração se reveste de novas funções, ampliando a sua gama de atuação, a “máquina” estatal é movida, implicando, necessariamente, na contratação de empresas particulares, sob as mais variadas modalidades de regime. Consequentemente, isto acarreta também a necessidade de mão de obra de trabalhadores que não terão, *a priori*, vínculo direto com a administração, mas sim com a empresa contratada.

Tal introito faz-se necessário no sentido de demonstrar que, independente do caráter das funções exercidas, a Administração Pública é um dos entes que mais se beneficiam da contratação de trabalhadores por meio de empresas interpostas, o que, via de regra, acaba sendo objeto de questionamentos, como lembra Dora Maria de Oliveira RAMOS: “a multiplicação desses ajustes envolvendo cada vez mais atividades que, ainda que acessórias e meramente de apoio, perdem o caráter próprio de especialização, lança dúvidas acerca da legalidade e legitimidade desse procedimento¹⁰”.

O problema trazido no presente artigo diz respeito aos casos em que ocorre a inadimplência de verbas trabalhistas por parte da empresa contratante, para com seus empregados, situação muito comum e objeto de discussões na doutrina e jurisprudência, ao longo dos anos, como já visto acima. A questão, todavia, que aqui procuramos nos debruçar faz uma análise, em um primeiro momento, do instituto da responsabilidade da Administração, para posteriormente estabelecer um nexos com o alegado princípio da supremacia do interesse público, que justificaria na visão estatal não só as ditas contratações como, também, em uma visão rasa do instituto, a sua ausência de responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pelos seus contratados.

Mais adiante, será feita uma análise do conflito surgido entre tais direitos atingidos - e a “posição” que estes ocupariam no rol de direitos fundamentais - e verificar se estariam, de fato, sobrepostos a uma supremacia de um interesse supostamente maior - o interesse da coletividade - onde Estado não seria, portanto, compelido a arcar com uma obrigação que a princípio não teria assumido.

10 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública**. São Paulo: LTr, 2001. p. 128.

Assim, verifica-se que o presente estudo embora aborde, em um primeiro momento, elementos de direito do trabalho, amplia seu objeto para fazer uma imersão no Direito Administrativo-Constitucional, combinando diversos recortes acerca de uma questão que ainda não possui um entendimento sedimentado na doutrina, tampouco no âmbito jurisdicional, como restou demonstrado. Porém, a despeito disto, procurar-se-á dar uma modesta contribuição ao tema com a análise de alguns dos diversos prismas que compõem este complexo debate.

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS CONTRATOS CELEBRADOS COM EMPRESAS PRIVADAS. RESPONSABILIDADE NO CASO DE VERBAS TRABALHISTAS INADIMPLIDAS E SEU ALCANCE. O PROBLEMA DA ATUAL REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO C. TST

Vale destacar, de início, que pela regra do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal¹¹, a investidura em cargo ou emprego na administração pública deve ser precedida de admissão em concurso público. Quanto a este ponto, Paulo SCHIER afirma que tal condição “concretiza a igualdade de oportunidades para os cidadãos terem acesso ao serviço público e exclui a possibilidade de contratação ou investidura discricionárias ou arbitrárias¹²”. Contudo, o mesmo autor reconhece mais adiante que tal princípio é mitigado, pois admite “...relativizações, exceções e ponderações, decorrentes do próprio sistema constitucional¹³”.

11 CF/1988, art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”;

12 SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização e 20 anos da Constituição: reflexão sobre a exigência de concurso público (entre a isonomia e a segurança jurídica)**. Artigo publicado em Revista Eletrônica de Direito do Estado. n. 19. julho/agosto/setembro de 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-19-JULHO-2009-PAULO%20RICARDO%20SCHIER.pdf>. p. 11. Acesso em 27.02.2015.

13 SCHIER, Paulo Ricardo. *Idem*. p. 12.

De qualquer modo, o processo de terceirização na Administração Pública já vinha sendo permitido mesmo antes da promulgação da presente Lei Maior, sendo considerado, para alguns estudiosos do tema, como um *golpe* dado, primeiramente, através do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967¹⁴, o qual dispõe sobre a organização da Administração Federal, tratando, no capítulo sobre a descentralização, da possibilidade de transferir suas atividades para a iniciativa privada¹⁵.

Jorge Luiz SOUTO MAIOR, na mesma linha argumentativa, afirma que “nesta “técnica moderna de produção” há o impedimento de uma vinculação social do trabalhador com o meio ambiente de trabalho, onde passa a maior parte de seu dia. Esta desvinculação inclui pessoas e coisas. Os “terceirizados” são deslocados do convívio dos demais empregados, chamados “efetivos”; usam elevadores específicos; almoçam em refeitório separado ou em horários diversos; não são alvo de qualquer tipo de subordinação, para como se diz, “não gerar vínculo””¹⁶. Neste cenário, surge a figura do preposto, o qual é o canal de comunicação entre a Administração Pública e o contratado, nos termos do art. 68 da Lei 8666/93.

Prosegue referido autor, afirmando que, para tais trabalhadores, há “...plena impossibilidade de sua socialização pelo trabalho e tornando muito mais improvável sua obtenção, pela via judicial, dos direitos que lhe venham a ser suprimidos. Ou seja, são tratados como coisa ou simplesmente não são vistos. Estão por ali, mas deve ser como se não estivessem¹⁷”. E, mais adiante, arremata: “Na verdade, o único aspecto irreversível da terceirização é o rebaixamento da condição humana. Não há, concretamente, como criar um modelo jurídico que ao mesmo tempo legitime a terceirização e preserve a eficácia dos direitos dos trabalhadores, vez que

14 MANSUR, André. **Das primeiras reformas neoliberais realizadas pelo governo militar no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro ao triunfo flexibilizador da década de 90**. In: RAMOS FILHO, Wilson; (org). et al. *Classes sociais e (des)regulamentação do trabalho no Brasil atual*. Bauru: Canal 6, 2014. p. 115.

15 “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. (...) § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”.

16 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho, volume I: parte I**. São Paulo: LTr, 2011. p. 651.

17 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Idem**. p. 651.

sua lógica é a do mascaramento da relação entre o capital e o trabalho e somente se pode falar em eficácia do modelo de Estado de Direito Social a partir da responsabilização social do capital em sua relação com o trabalho¹⁸”. Nota-se como se torna necessária uma análise pormenorizada desta relação subjetiva trabalhista, o que demanda uma outra pesquisa nestes termos.

Não menos polêmica é a questão afeta à responsabilidade do ente público, em quaisquer de suas esferas – federal, estadual e municipal – e poderes – executivo, legislativo e judiciário – quando revestidos de órgãos administradores, nos casos de inadimplência das verbas aos trabalhadores terceirizados.

Com propriedade, lembra Gustavo KFOURI que “a partir da submissão dos entes públicos, privados e indivíduos à mesma ordem jurídica, em decorrência da aceitação do princípio da igualdade de todos perante a lei, se concluirá, consequentemente, antijurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a situação de alguém perante o todo, mormente quando se trata de atividade voltada a atender interesse geral da coletividade, objetivo último do Estado”¹⁹.

Em igual sentido, e de maneira mais específica, Bandeira de MELLO lembra que o prestador de serviço, “uma vez que atuava “em nome do Estado”, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso parece indubitável que o Estado terá que arcar com os ônus daí provenientes”²⁰.

Nesta mesma esteira, pode-se fazer uma interpretação segundo a leitura do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal²¹, já que caberia ao Estado o dever de fisca-

18 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Idem*. p. 669.

19 KFOURI, Gustavo Swain. **Formação e evolução do instituto da responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado**. In: Revista Eletrônica Direitos Fundamentais & Democracia. Vol. 2, 2007. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/95/94>. p. 3. Acesso em 15.02.2015.

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 57.

21 CF/1988 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

lizar as obrigações de seus contratados, para com os empregados destes. Mais do que isso. Levando-se em conta que a Administração Pública é o maior beneficiado da força de trabalho despendida pelos trabalhadores, tal fato necessariamente nos remete à responsabilização do ente estatal pelo adimplemento destas verbas; consagrando, desta forma, a responsabilidade objetiva daquele.

No entanto, o legislador – e não por acaso – pretendeu excluir esta responsabilidade com a redação do parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei 8.666/93 (lei de licitações), quando expressamente deixa claro que aquela não se transfere à administração pública²².

Mauricio Godinho DELGADO atenta para este fato no sentido de que tal exceção seria um “...grosseiro privilégio antissocial”, acrescentando ainda que “...desrespeitaria, frontalmente, clássico preceito constitucional responsabilizatório das entidades estatais (a regra da responsabilidade *objetiva* do Estado pelos atos de seus agentes, inculpada já há décadas na história das constituições brasileiras) (...)”²³, remetendo-nos ao dispositivo da Constituição acima citado.

Em uma época em que a flexibilização das normas trabalhistas passaria a tomar proporções incomensuráveis, advindas pelo modelo neoliberal de governo que teria seu ápice nos anos seguintes²⁴, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou em dezembro de 1.993 (portanto, quando já em vigor o artigo de lei acima referido) a súmula 331, para primeiramente, deixar expresso no item II que: “*A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)*”²⁵.

22 “§ 1º: A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

23 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 454.

24 Ver, sobre o contexto temporal da edição da Súmula 331, a seguinte obra: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. Com muita propriedade, a autora trata da terceirização como “o caso mais clássico de flexibilização incentivada pelo Tribunal Superior do Trabalho, sem sombra de dúvidas (...)” – p. 374.

25 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Livro de Súmulas, OJs e PNs. Disponível em: http://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacaoman.do?evento=Editar&chPlc=6307183&procR=AAA55SAEMAAMd9jAAL&ctl=12081. p. A-99. Acesso em 24.02.2015.

Em sua redação original, contemplava ainda o item IV da súmula: “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”²⁶.

Conforme lembra o autor citado, o texto enunciado “No tocante à responsabilização em contextos terceirizantes não excepcionou o Estado e suas entidades (...)”²⁷.

No ano de 2.000, o item IV da súmula em questão passou a vigorar com a seguinte redação: “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação *processual e constem também do título executivo judicial* (art. 71 da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993)”²⁸.

Como se vê, o entendimento do TST passou então a deixar explícita a responsabilidade subsidiária do ente público na condição de tomador de serviços, o que se coaduna com a melhor interpretação sobre a matéria, de acordo, inclusive, com o próprio texto constitucional.

Ocorre que, em maio de 2.011, novamente o TST alterou o texto da súmula 331, restabelecendo a redação original do inciso IV e acrescentando o inciso V, nos seguintes termos: “Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”²⁹.

Tal modificação se deu após o julgamento, pelo STF, em novembro de 2.010, de Ação Direta de Constitucionalidade n.º 16, interposta pelo Governo do Distrito

26 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Idem**. p. A-100.

27 DELGADO, Mauricio Godinho. **Op. cit.** p. 454.

28 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Op. cit.** p. A-100.

29 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Op. cit.** p. A-99.

Federal³⁰, em que se declarou constitucional o artigo 71 da Lei de Licitações, considerando, desta forma, ser necessária a verificação da culpa *in vigilando* do Estado, em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas, pela empresa contratada. Passou-se, então, a admitir a responsabilidade de cunho subjetivo do Estado, em substituição ao caráter objetivo, adotado até então.

Desta forma, caso a Administração Pública comprove, judicialmente (ônus que lhe compete³¹) a fiscalização sobre o cumprimento de tais obrigações, não há que se falar sequer em responsabilidade subsidiária, posição também que tem sido polêmica e alvo de diversas críticas, como de Márcio Túlio VIANA, para quem “... haverá culpa sempre que a Administração deixar de cumprir à risca o seu duplo papel de escolher bem e de fiscalizar com eficiência a empresa contratada³²”. Logo, bastaria não somente a caracterização da culpa *in vigilando*, como também da culpa *in elegendo*. O mesmo autor vai mais além e sugere “tentar construir, no futuro, a ideia da presunção relativa de culpa da administração, na hipótese de inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa contratada³³”.

SOUTO MAIOR, comentando a o julgamento da ADC em questão, ratifica entendimento neste mesmo sentido: “De todo modo, no mínimo, a responsabilização da Administração não tem como ser evitada, chamando-se à aplicação os arts. 932, 933 e 942 e seu parágrafo único, todos do Código Civil, dentre outros dispositivos, quando o ente público efetuar pagamentos à prestadora sem a devida fiscalização acerca do correto pagamento, por parte desta, dos direitos trabalhistas dos terceirizados, sendo certo, ainda, que os eventuais danos pessoais por estes sofridos na execução de tarefas à Administração poderão ser ressarcidos em cobranças diretas a esta, como se dá, aliás, em várias situações³⁴”.

30 Para mais informações e leitura do acórdão na íntegra, ver: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 01.03.2015.

31 Sobre a questão do ônus probatório acerca da fiscalização do cumprimento das obrigações por parte da empresa contratada, ver o seguinte artigo sobre o tema: OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **Ação autônoma posterior destinada à responsabilização subsidiária do tomador de serviços ente público: controvérsias, questões relevantes e tutela de direitos**. In: RAMOS FILHO, Wilson; (coord.) et al. *Jurisprudência crítica e crítica da jurisprudência: trabalho e regulação no Estado Constitucional*. São Paulo: LTr, 2013. p. 65.

32 VIANA, Márcio Túlio. **A terceirização revisitada – algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria**. Revista LTr, Vol. 77, nº 02, Fevereiro de 2013. p. 147.

33 VIANA, Márcio Túlio. *Idem*. p. 148.

34 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Op. cit.* p. 667.

Neste contexto, nota-se, ainda, que ao longo dos anos a Administração Pública tem inovado em sua estrutura de controle e regulamentos no sentido de coibir a inadimplência por parte da empresa contratada.

Cita-se, inicialmente, as auditorias federais realizadas anualmente pelo Tribunal de Contas da União, o qual analisa, entre outros aspectos, a regularidade dos processos administrativos (tanto em fase interna, externa licitatório e de formalização contratual). Nestes termos, BANDEIRA DE MELLO explica que a análise do Tribunal de Contas da União atuando no controle externo não se restringe aos quesitos estritamente técnicos orçamentários, mas também avança na legalidade geral do processo. Em termos, diz que “sua análise pressupõe o amplo e complexo exame de todos os requisitos de validade do ato administrativo; vale dizer da completa lisura dos pressupostos de validade do ato que se conduz a despesa... Do instante em que se alarga a ação do Tribunal de Contas, como é de direito, para uma investigação dos atos que conduzem à despesa, ultrapassando o plano pedestre do mero confronto quanto a rubricas e análises da simples completude formal de documentos, não há como ou porque conter a mais completa investigação de licitude dos atos estatais que redundam numa despesa.”³⁵ De modo interno, cita-se as auditorias realizadas pela Controladoria Geral da União, além daquelas existentes no próprio âmbito dos órgãos.

A fase licitatória também sofreu alterações significativas quanto a contratação de empresa especializada em terceirização, como se depreende dos inúmeros regulamentos e portarias relacionados ao tema.

Cita-se, em especial, a Instrução Normativa 02/2008 – MPOG³⁶ que trata detalhadamente de inúmeros procedimentos a serem adotados tanto pela contratada quanto pela contratante (Administração Pública) quando da contratação de serviços com cessão de mão de obra. Destaca-se, nesta instrução, o implemento de uma estrutura de fiscais para o acompanhamento dos contratos administrativos, tais como o gestor do contrato, o fiscal técnico e o fiscal administrativo, nos termos do art. 31 da Instrução. Esta estrutura reforça o objetivo administrativo de prevenir desrespeito aos ditames contratados, inclusive os direitos trabalhistas envolvidos.

35 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. O Tribunal de Contas e sua Jurisdição. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**. jun/82, p. 124-125

36 Instrução Normativa 02/2008 – Ministério do Planejamento. Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-02-de-30-de-abril-de-2008-1>

A instrução trata ainda, de modo direto, da responsabilidade da empresa contratada quando do inadimplemento das verbas trabalhistas, alertando para a possibilidade de aplicar sanções administrativas quando comprovado o inadimplemento. Ainda, a Instrução traz parâmetros de produtividade para alguns serviços contratados, como vigilância armada.

Por fim, seguindo a análise da Instrução Normativa 02/2008 MPOG, cabe destacar o instituto trazido pela alteração através da Instrução Normativa 06 de 2013, qual seja a conta vinculada. Este mecanismo transfere diretamente do montante devido mensalmente a contratada, percentuais relativos as obrigações trabalhistas dos empregados. Os valores são provisionados em conta vinculada àquele contrato administrativo firmado, podendo esta conta ser movimentada somente após autorização da Administração Pública, que será realizada quando comprovado o recolhimento integral das verbas trabalhistas daquele período específico. Em média, tem-se 32% de recolhimento sobre o valor mensal do serviço planilhado, sendo incidente no 13º salário, férias e um terço de férias, multa sobre o FGTS e encargo sobre as férias.

É certo que a Administração Pública não deve se eximir de eventuais responsabilidade somente pelo atendimento da estrutura mínima apresentada acima, como a possibilidade de controle interna, externo, e mais valiosamente, a utilização da conta vinculada nos contratos de serviços continuados. Porém, é preciso reconhecer os esforços, mesmo sem o ânimo do subjetivo trabalhista do contratado, de se evitar o inadimplemento nas terceirizações. Este cenário reflete, como se verá a seguir, muito mais do que os interesses do administrador, mas antes aquele interesse público primário que dá razão a Administração Pública em um contexto de Estado Democrático de Direito que visa o atingimento da dignidade em sua integralidade, na qual se encontra destacadamente o direito fundamental ao trabalho.

3. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO VERSUS DIGNIDADE DO TRABALHADOR. CONFLITO DE DIREITOS?

De acordo com o que restou exposto até o presente momento, vê-se claramente que a atual redação da Súmula 331 pode abrir grave precedente jurisprudencial que sem dúvidas virá em prejuízo dos direitos basilares dos trabalhadores, ao ex-

cluir, em determinadas situações, a responsabilidade da Administração Pública quanto ao pagamento de verbas inadimplidas pelos seus contratados.

Outrossim, há importante questão que deve também ser levada em consideração para o objeto do presente trabalho: ao admitir a constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei de Licitações através da referida ADC - o que gerou inclusive a alteração do texto sumular, pelo TST-, o STF, embora sob outros fundamentos, incorporou a intenção que o legislador, em princípio, quis dar à norma em questão, ou seja, de que a supremacia do interesse público deve ser resguardada, a fim de evitar que a Administração seja obrigada a arcar, duas vezes, com o mesmo valor, pagando pelo contrato e indenizando o trabalhador que não recebeu as verbas a que tinha direito, de caráter nitidamente alimentar.

Sob outra ótica, conforme bem exposto por Tereza GEMIGNANI, é sabido que “uma das argumentações contra a diretriz adotada pela Súmula nº 331 consiste na alegação de que o interesse particular de um trabalhador, ou de um grupo de trabalhadores, não poderia prevalecer sobre o interesse público, de modo que a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público, quando houve a contratação dos serviços mediante licitação, violaria o princípio da legalidade”³⁷.

No caso em questão, aliás, estaremos diante de um conflito, ao menos aparente, pois quando em uma lide trabalhista figuram como partes a Administração Pública e o empregado, surge, aparentemente, a colisão entre princípios de naturezas distintas, tendo em vista que o Princípio da Supremacia do Interesse Público resguarda a Administração Pública, uma vez que possui prerrogativas por agir segundo interesses da coletividade; e o Princípio da Proteção, que impõe a obrigação de proteger o empregado, por este ser hipossuficiente³⁸.

Mas, o que poderia se entender de fato sobre a supremacia do interesse público? Está dotada de tamanho alcance a ponto de se sobrepor a todos e quaisquer outros direitos, sobretudo de particulares? Há de fato um conflito?

37 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Artigo 71 da Lei 8.666/93 e Súmula 331 do TST. Poderia ser diferente?** Revista do TST, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=find-b&find_code=SYS&request=892959. p. 33. Acesso em 01.03.2015.

38 MATIAS, Késsia Caroline Siqueira. **Responsabilidade da Administração na terceirização: supremacia do interesse público x proteção do trabalhador.** Artigo publicado em **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3.660, 9 jul. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24904>. Acesso em 01.03.2015.

Para solucionar tal celeuma, é importante extrair o máximo do conceito através dos principais doutrinadores administrativistas. Segundo Bandeira de MELLO, por exemplo, ícone da doutrina administrativa, definir interesse público não é tarefa das mais simples, optando por “...mencionar que, como acentuam os estudiosos, qualquer ato administrativo que dele se desencontre será necessariamente inválido”³⁹, acabando por concluir que “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”⁴⁰.

Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, referido princípio está “expressamente previsto no artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784/99, e especificado no parágrafo único, com a exigência de “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei (inciso II). Fica muito claro no dispositivo que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa”⁴¹.

Por sua vez, Romeu Felipe BACELLAR FILHO propõe uma definição de interesse público quanto à sua estrutura e quanto ao seu conteúdo, sendo que a primeira “...corresponde ao interesse coletivo primário, compreendido como o conjunto de interesses da coletividade, e dos cidadãos enquanto membros dessa coletividade; os interesses secundários, que retratam os interesses do aparato administrativo estatal, só configurarão interesse público quando coincidirem com o interesse coletivo primário, e nos limites dessa coincidência, hipótese em que deverão ser perseguidos pela Administração”, e no que se refere a seu conteúdo, “...o interesse público encontra-se plasmado no direito positivo, que qualifica determinados interesses como públicos ao tutelá-los, revelando-se como elementos que compõem o seu núcleo fundamental: (a) a *juridicidade* e a *legalidade* (...); (b) a *impessoalidade* (...); (c) a *moralidade* (...); (d) a *publicidade* (...); (e) a *eficiência* (...)”⁴².

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 58.

40 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Idem**. p. 61

41 DI PIETRO, Mara Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 67-68.

42 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder; (coord). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 111-112.

Em obra específica sobre o tema, Daniel HACHEM, aborda todo um contexto histórico da questão, para afirmar que “...com o advento do Estado Social, altera-se o conceito de *interesse público*, que abandona um prisma individualista, dirigido unicamente à defesa das liberdades negativas dos cidadãos. Essa noção adquire um caráter solidário, incorporando as necessidades gerais da coletividade e os interesses dos grupos hipossuficientes, que requerem uma atuação estatal no âmbito privado para reequilibrar juridicamente as relações desiguais. Para tanto, os ordenamentos jurídicos passam a prever uma série de mecanismos destinados a condicionar o exercício dos direitos e liberdades individuais em prol dos interesses da coletividade, estabelecendo, com isso, uma prevalência do interesse público sobre o interesse privado”⁴³. (grifo nosso)

Sob este aspecto, e com um viés nitidamente neoconstitucionalista, Paulo SCHIER vai além e opta por rechaçar o termo “colisão” entre interesse público e interesse dos particulares, afirmando que, em verdade, “...no plano da dogmática de realização constitucional não se sustenta, portanto, a tese indiscriminada de existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. A ideia de supremacia do público só se verifica em algumas situações específicas e sempre dentro de condições definidas e limitadas constitucionalmente”⁴⁴.

Referido posicionamento também parece ser acompanhado por Bruno MIRAGEM, demonstrando que a questão de uma propalada supremacia do interesse público deve ser vista com bastante cautela, pois “...a supremacia do interesse público não se associa à irresponsabilidade da Administração Pública, porquanto ainda que o princípio se conduza a legitimar o prejuízo de interesses particulares, não deixa de suportar o dever de reparação dos danos causados (...)”⁴⁵, e “como característica do Estado Democrático de Direito, não se há de conformar a noção com um exclusivo significado, devendo-se admitir visões plurais sobre o conceito a serem adequadamente compreendidas e validadas em cada situação. Disso

43 HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 107.

44 SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Artigo publicado em Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. n. 26. maio/junho/julho de 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-PAULO-SCHIER.pdf>>. p. 15. Acesso em 15.02.2015.

45 MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 50.

resulta que, como elementos comuns ao conceito de interesse público no estágio atual do direito administrativo, esteja de um lado, sua profunda vinculação com os princípios e valores constitucionais – o que remete, desde logo, aos direitos fundamentais – e, de outro, a demonstração *in concreto* do interesse público (...) ⁴⁶”

Não bastasse, tais considerações, conforme a leitura das doutrinas acima e de outros relevantes autores como Marçal JUSTEN FILHO, sepultam a noção de que o interesse público significa “interesse do Estado”, ou, ainda, “interesse do aparato administrativo” e, finalmente, “interesse do agente público” ⁴⁷.

Outros estudiosos do tema vão mais além e declaram abertamente a incompatibilidade desta supremacia com o Estado de Direito, como fazem Dirce FERREIRA e Aloisio KROHLING, para quem “...o princípio da supremacia de interesse público se encontra inadequado ao neoconstitucionalismo, uma vez que as Constituições receberam transformações e o direito administrativo permaneceu com a mesma roupagem Liberal. Neste aspecto o princípio sofre profundas pressões, a mais severa delas é o anacronismo que desemboca em sua inadequação enquanto princípio” ⁴⁸.

Como é possível verificar, a noção de “interesse público” deve ser vista sob a ótica do Estado Democrático de Direito, sob pena de tornar letra morta diversos outros princípios contidos na Constituição Federal, permeada de direitos fundamentais, o que também nos leva a crer que, sem necessariamente negar sua existência e tampouco sua relevância, esta “supremacia” deve ser analisada caso a caso, mormente porque tais direitos fundamentais, ainda que oriundos de uma gênese individual, podem – sem qualquer ressalva – compor o conteúdo do que seria, efetivamente, o interesse público. Este, ao que tudo indica, é o posicionamento de parte considerável da doutrina, que admite que referido princípio “... vem sendo matizado pela ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício a priori de nenhum interesse (...)” ⁴⁹. (grifo nosso)

46 MIRAGEM, Bruno. *Idem*. p. 51.

47 Sob a desconstituição de tais conceitos, à luz de um Estado Democrático de Direito, ver JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 122-124

48 FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade; KROHLING, Aloísio. **O princípio da supremacia do interesse público no Estado Democrático de Direito e sua roupagem neoconstitucionalista**. In: *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. Vol. 14, n. 14 (jul./dez. 2013), p. 492.

49 MEDAUAR, Odete. *Op. cit.* p. 137.

Conclui-se esse raciocínio com a pertinente observação de Bandeira de MELLO: “...é evidente, e de evidência solar, que a proteção do interesse privado nos termos do que estiver disposto na Constituição, é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro a ser fielmente resguardado”⁵⁰.

Entre tais direitos fundamentais, certamente, estará a dignidade da pessoa humana, inserido aqui na questão do trabalhador terceirizado que, por muitas vezes, fica à míngua de qualquer proteção em face da ausência de pagamento por parte da empresa contratada pelo Estado. Não há qualquer óbice para que seja estabelecida esta correlação, conforme questionamento bem lançado por GEMIGNANI: “Os direitos fundamentais, estabelecidos como vigas de edificação da República Brasileira pela Carta Constitucional, podem ser rebaixados a condição de mero regimento?”⁵¹.

Certamente, a resposta é negativa. Não há sobreposição do princípio da supremacia do interesse público sobre os direitos fundamentais do trabalhador enquanto pessoa humana, inclusive do direito às verbas salariais e, porque não dizer, ao próprio trabalho em si, algo que é relegado a um segundo plano, no caso dos trabalhadores terceirizados, que não se encontram – nem de longe – em posição de igualdade com os demais, como anteriormente exposto.

Neste aspecto, importante ressaltar ainda as lições de Leonardo WANDELLI, para quem “O direito ao trabalho, a partir dessa concepção, apresenta-se como o direito mais proximamente vinculado à produção, reprodução, e desenvolvimento da vida digna dos sujeitos em comunidade, nas diversas formas em que se relaciona com as necessidades. Uma sociedade que não assegura em alto grau hierárquico o direito ao trabalho e não desenvolve instrumentos para sua efetividade, como vêm reiterando diversas declarações internacionais (...), é uma sociedade que denega qualquer pretensão sincera de busca de uma vida digna”⁵².

Ainda nesse sentido, vale citar caso paradigmático julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, em que o ente municipal foi condenado, de forma subsidiária, a satisfazer as obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa contratada, no caso, uma empreiteira, que atuou na construção de uma creche. Na referida decisão, da lavra da Desembargadora Marlene Terezinha Fuverki Su-

50 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. cit.** p. 68-69.

51 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Op. cit.** p. 52.

52 WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade.** São Paulo: LTr, 2012. p. 153.

guimatsu⁵³, restou reconhecido que “A moderna visão do Estado não comporta argumentos para manter intocáveis os órgãos da Administração Pública perante as obrigações trabalhistas geradas durante o período (de concessão do serviço público ou do contrato de prestação de serviços)”.⁵⁴

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização de trabalho ainda está longe de ser assunto pacificado na doutrina e jurisprudência brasileiras. Quando se trata de serviços terceirizados desenvolvidos no âmbito da Administração Pública, a questão ganha novos contornos que merecem ser revistos; contudo, sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

A moderna concepção deste Estado de Direito não permite que direitos elementares dos trabalhadores possam ser desconsiderados, sob pena de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no texto constitucional vigente. Plenamente cabível, portanto, a responsabilização do ente público, ainda que de forma subsidiária, a fim de que seja satisfeito o pagamento das verbas a quem dispôs de sua força de trabalho e nada tem a ver com a idoneidade financeira da parte que o contratou.

Desta forma, a análise acerca do princípio da supremacia do interesse público deve ser vista com reservas pelos operadores do Direito, pois este não pode servir como blindagem a fim de deixar incólume a Administração Pública em detrimento do trabalhador. Longe de se estabelecer uma hierarquia, ou de simplesmente negar a existência daquele princípio, pode-se mesmo considerar que os direitos

53 Ver acórdão na íntegra em: http://www.trt9.jus.br/internet_base/publicaca_oman.do?evento=Editar&chPlc=6307183&procR=AAAS5SAEMAAMd9jAAL&ctl=12081. Acesso em 24.02.2015.

54 A desembargadora ainda explica que: “A responsabilização do ente público não atenta, em absoluto, contra o princípio da prevalência do interesse público, desde que se compreendam as correções empreendidas pela moderna doutrina de Direito público no entendimento que se tinha a respeito de interesse público e de sua prevalência sobre o particular”. Destaca ainda que o “interesse resguardado pela Administração Pública deve, sempre que possível, prevalecer quando conflita com o interesse do particular. Este preceito, contudo, não tem caráter absoluto e comporta temperamentos. Não raro, confundem-se os interesses primário e secundário do Estado, defendendo-se, arduamente, os interesses do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público, como se houvesse completa semelhança entre os interesses desse e os denominados interesses públicos”.

fundamentais dos trabalhadores estariam inseridos no conceito de interesse público, pois é, de fato, de pleno interesse geral, que estes não fiquem desamparados.

Não hesitamos em dizer que, a despeito do tema continuar gerando enorme controvérsia (vide o fato de o próprio STF não ter consolidado entendimento até o presente momento), esta posição está de acordo com a leitura neoconstitucionalista, amparada, primordialmente, nas disposições do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que atribui a responsabilidade ao ente estatal, sendo referendada, ainda, pela melhor doutrina acerca da matéria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder; (coord). Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-116.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01.03.2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1.967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em 01.03.2015.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 01.03.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 16 / DF – Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 01.03.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. **Repercussão geral: STF discutirá conceito de atividade-fim em casos de terceirização**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267100>. Acesso em 26.02.2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Autos nº 00756-2012-459-09-00-8. Des. Rel. Marlene Terezinha Fuverki Suguimatsu. Disponível em: http://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacaoman.do?evento=Editar&chPlc=6307183&procR=AAAS5SAEMAAMd9jAAL&ctl=12081. Acesso em 24.02.2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Livro de Súmulas, OJs e PNs. Disponível em: http://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacaoman.do?evento=Editar&chPlc=6307183&procR=AAAS5SAEMAAMd9jAAL&ctl=12081. Acesso em 24.02.2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Instrução Normativa 02/2008. Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-02-de-30-de-abril-de-2008-1>. Acesso em 01.12.2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Instrução Normativa 06/2013. Disponível em: <http://www.auditoria.mpu.mp.br/audin/IN-SLTI-2013-06-TERCEIRIZACAO-DE-MAO-DE-OBRA-ALTERA-A-IN-SLTI-02-2008.pdf>. Acesso em 01.12.2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade; KROHLING, Aloísio. **O princípio da supremacia do interesse público no Estado Democrático de Direito e sua roupagem neoconstitucionalista**. In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Vol. 14, n. 14 (jul./dez. 2013), p. 482-503.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Artigo 71 da Lei 8.666/93 e Súmula 331 do TST. Poderia ser diferente?** Revista do TST, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=find-b&find_code=SYS&request=892959. p. 32-53. Acesso em 01.03.2015.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KFOURI, Gustavo Swain. **Formação e evolução do instituto da responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado**. In: Revista Eletrônica Direitos Fundamentais & Democracia. Vol. 2, 2007. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/95/94>. Acesso em 15.02.2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba: Juruá, 2013.

MANSUR, André. **Das primeiras reformas neoliberais realizadas pelo governo militar no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro ao triunfo flexibilizador da década de 90**. In: RAMOS FILHO, Wilson; (org.) et al. Classes sociais e (des)regulamentação do trabalho no Brasil atual. Bau-ru: Canal 6, 2014. p. 105-121.

MATIAS, Késsia Caroline Siqueira. **Responsabilidade da Administração na terceirização: supremacia do interesse público x proteção do trabalhador**. Artigo publicado em **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3.660, 9 jul. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24904>. Acesso em 01.03.2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Prestação de serviços públicos e administração indireta: concessão e permissão de serviço público, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações governamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. O Tribunal de Contas e sua Jurisdição. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**. jun/82, p. 124-125

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **Ação autônoma posterior destinada à responsabilização subsidiária do tomador de serviços ente público: controvérsias, questões relevantes e tutela de direitos**. In: RAMOS FILHO, Wilson; (coord). et al. *Jurisprudência crítica e crítica da jurisprudência: trabalho e regulação no Estado Constitucional*. São Paulo: LTr, 2013. p. 61-89.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública**. São Paulo: LTr, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização e 20 anos da Constituição: reflexão sobre a exigência de concurso público (entre a isonomia e a segurança jurídica)**. Artigo publicado em Revista Eletrônica de Direito do Estado. n. 19. julho/agosto/setembro de 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-19-JULHO-2009-PAULO%20RICARDO%20SCHIER.pdf>. Acesso em 27.02.2015.

_____. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Artigo publicado em Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. n. 26. maio/junho/julho de 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-PAULO-SCHIER.pdf>>. Acesso em 15.02.2015.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho, volume I: parte I**. São Paulo: LTr, 2011.

VIANA, Márcio Túlio. **A terceirização revisitada – algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria**. Revista LTr, Vol. 77, nº 02, Fevereiro de 2013. p. 142-148.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012.

ENFRENTAMENTO DO TRABALHO INFANTIL, MAIS QUE UMA ESCOLHA, UMA OBRIGAÇÃO

Andréa Saint Pastous Nocchi¹

Marcos Neves Fava²

*Agora tem que jogar bola dentro de casa,
Agora tem que bagunçar,
Agora tem que sujar de lama,
Agora tem que pular no sofá!
É sinal de educação,
Fazer sua obrigação,
Para ter o seu direito de pequeno cidadão³*

1. INTRODUÇÃO

O símbolo do combate ao trabalho infantil no Brasil e no mundo é um cata-vento, um brinquedo infantil. O cata-vento é colorido, de cinco pontas. Cinco

1 Juíza titular da 26ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, membro da Comissão pela Erradicação do Trabalho Infantil da Justiça do Trabalho.

2 Juiz titular da 89ª Vara do Trabalho de São Paulo, membro da Comissão pela Erradicação do Trabalho Infantil da Justiça do Trabalho.

3 Fragmento da letra da música Pequeno Cidadão, de Arnaldo Antunes e Antonio Pinto.

continentes e a diversidade de gênero e raça. Colorido como deve ser o universo infantil e um instrumento que representa a mudança, o movimento para o avanço e a transformação.

O trabalho infantil é uma realidade que afronta todos os princípios de proteção e de dignidade da pessoa humana. Talvez não haja um tema que consiga alcançar tanto consenso, quanto a ideia de que as crianças não podem, nem devem sofrer ataques, exploração ou violência. Mas ele existe, persiste e, ainda que venha sofrendo diminuindo gradualmente, determina uma chaga com a qual a sociedade moderna não pode mais conviver.

No ano que o Brasil abriga a III Conferência Global sobre o tema, no emblemático mês de outubro, inúmeras abordagens do problema ganham as páginas dos jornais, refletem-se em relatórios das instituições internacionais e ocupam manifestações governamentais.

Todas identificam o problema, condenam sua existência, profetizam seu fim e analisam os avanços no seu combate. Entre as manifestações, aquelas que apontam as maiores perversidades relacionadas às piores formas de trabalho infantil. No Brasil, especial atenção tem se dado para o trabalho infantil doméstico que de tão comum, de tão invisível e de tão arraigado nos costumes e na cultura do País, sequer causa espanto ou constrangimento.

Aproveitamos o momento em que o trabalho infantil ganha destaque, ainda que não aquele merecido e desejável, para afirmar a necessidade do seu reconhecimento, apontando suas características, destacando as normas de proteção e, especialmente, as carências no seu combate. É uma forma de contribuição para instrumentalizar o debate, alertar e denunciar nossas carências e tentar, singelamente, ajudar na efetiva eliminação de toda e qualquer forma de violação de direitos humanos, das crianças e do adolescente, por meio do trabalho infantil.

2. IDENTIDADE E PERFIL DO TRABALHO INFANTIL.

No mundo, estimam-se 150 milhões de crianças entre 5 e 14 anos. No Brasil, 3,4 milhões de crianças e adolescentes 10 e 17 anos⁴ estão entre aquelas represen-

4 http://censo2010.ibge.gov.br/ehttp://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/000000_10135709212012572220530659.pdf

tadas pelo cata-vento colorido. Não porque fazem dele seu brinquedo nas travessuras do cotidiano, mas porque são trabalhadoras e fazem da sua infância o seu sustento e de suas famílias.

Por trabalho infantil, a legislação brasileira entende toda e qualquer atividade realizada por criança, com idade inferior a 16 anos, cujo objetivo seja a obtenção de ganhos para a promoção do seu próprio sustento e/ou de sua família. Também é considerado trabalho infantil a atividade e o serviço que não são remunerados, como por exemplo, trabalho voluntário ou forçado.

Por exceção, aceitam-se o trabalho na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, e o trabalho infantil artístico, este autorizado no artigo 8º da Convenção 182 da OIT, adotada pelo Brasil.

Para o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador, o termo “trabalho infantil” designa as atividades econômicas e/ou atividades de sobrevivência, com ou sem finalidade de lucro, remuneradas ou não, realizadas por crianças ou adolescentes em idade inferior a 16 anos, ressalvada a condição de aprendiz a partir dos 14 anos, independentemente da sua condição ocupacional. Para efeitos de proteção ao adolescente trabalhador, “trabalho infantil” é considerado todo trabalho desempenhado por pessoa com idade entre 16 e 18 anos e, na condição de aprendiz, de 14 a 18 anos, conforme definido pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

Vigora entre nós o sistema da proteção integral da criança e do adolescente, conforme instituído no artigo 227 da Constituição da República, que diz:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Significa, portanto, que o compromisso com a proteção da criança não é uma intenção, um enunciado, uma promessa, um porvir. É uma garantia constitucional vigente e exigível. Importa grave violação aos direitos humanos o desrespeito à proteção integral, que emerge da Carta de 1988, somada às demais normas internacionais que tratam do assunto.

O compromisso não é, como se lê, apenas do Estado. É da sociedade e da família. É de todos. E não poderia ser diferente. Compromisso com a proteção da criança e medidas efetivas para assegurar essa concretização é o que determina a possibilidade de futuro, com plenitude de escolhas e opções de liberdade.

O Estado serve para garantir a liberdade, como proclamava Baruch Spinoza. A estrutura que se ergueu ao seu redor, desde o desprendimento das facetas econômica e política do poder, com o surgimento do capitalismo, justifica-se apenas pela possibilidade de, por seu intermédio, assegurar-se ao homem liberdade. O núcleo dos valores constitucionais, entre nós, coincide com a dignidade da pessoa humana. E, não é preciso dizer, não há dignidade sem liberdade. Não a liberdade abstrata do direito de ser, mas aquela que decorre da concretude das possibilidades. A liberdade de ir e vir que pode ser exercida, porque há transporte público; a liberdade de expressão que é plena, porque há educação e ela permite leituras críticas da sociedade; a liberdade de domicílio protegido que faz sentido, porque há casa, para viver a intimidade.

Toda organização social, portanto, ordenada pela ideia do Estado volta-se a assegurar a liberdade que, para a criança, consiste no gozo da infância livre e envolta nas brincadeiras de formação, nos estudos fundamentais e na saúde do crescimento.

O Estado brasileiro assumiu o compromisso, ainda que tardio, com a erradicação do trabalho infantil, quando ratificou a Convenção 182 da OIT, pelo Decreto 3597/2000⁵. Isso porque, pelo menos até a década de 1980, a sociedade brasileira entendia o trabalho infantil como uma alternativa positiva para o problema social e econômico das famílias de baixa renda. Assim, um certo consenso social fazia com que o trabalho infantil não só fosse tolerado, como estimulado: uma forma de manter as crianças e os adolescentes ocupados e, portanto, longe do apelo das drogas e do crime.

A utilização da mão de obra das crianças na economia familiar, com a reprodução, por gerações, sem qualquer crítica ou indignação quanto à necessidade ou à conveniência de que os filhos, desde pequenos, aprendessem o ofício dos pais, criou ciclos longos e sucessivos, valorizando ainda mais a noção de que o trabalho, desde pequeno, é bom.

Isso era o natural e o necessário.

5 Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d597.htm.

Ao lado dessa realidade, mitos e discursos, que só serviram para ocultar o problema, eram utilizados com naturalidade cínica para justificar que crianças e adolescentes tornassem-se trabalhadores precoces, sem direitos e sem garantias. As afirmações de que o trabalho “enobrece o caráter”, “ensina um ofício”, “protege das tentações”, ainda hoje utilizadas, não representavam qualquer constrangimento, quando proferidas e sustentadas, inclusive pelos textos de lei. Girou em torno dessa permissão consentida da sociedade um comodismo entorpecido, que evitava, por muito tempo, o adensamento da discussão e a virada crítica rumo à erradicação dessa chaga.

Veja-se, ainda, que a maioria das situações de trabalho infantil ocorre na informalidade e em setores cujas organizações sindicais dos trabalhadores não têm expressão ou força, por isso ele nunca foi pauta de reivindicação do avanço dos direitos sociais.

De lá pra cá, houve mudanças. Tanto no que se refere às normas de proteção, quanto às concretas ações governamentais e de várias instituições, entre elas a OIT, quanto no que se refere à construção de um novo discurso, um novo entendimento, uma nova postura.

Não se conte que a ideia de que o trabalho infantil não é tão perverso desapareceu. Não! Ainda e sistematicamente, a erradicação do trabalho infantil encontra resistência cultural na sociedade e nas famílias e uma ineficácia das políticas públicas que não dão conta da gravidade do problema.

O problema esparrama-se silencioso. Sindicatos não lutam pelos trabalhadores mirins; os pais, em geral, dependem do fruto desse trabalho precoce; e a sociedade, cúmplice, não reage, apenas reitera comparações inadmissíveis entre a situação de trabalho antes da hora e o crime.

Trabalham os filhos de famílias que se encontram na linha mais dura da pobreza, pela sobrevivência. Inúmeras são as famílias que têm, no trabalho infantil, sua principal fonte de renda e sustento.

Trabalham, no entanto, também os filhos da classe baixa, para atingir objetivos do consumismo exacerbado que caracteriza a sociedade capitalista contemporânea. O adolescente que, embora sustentado em suas necessidades básicas pela família, busca o trabalho antes da formação para conseguir inserir-se no mundo do consumo, com celulares, tênis de marca, camisetas e jeans da moda. Em reportagem do jornal Folha de São Paulo, foram ouvidos meninos que engraxam sapatos no Aeroporto de Congonhas, na capital paulista. Um deles, Paulo, de 16 anos, explica que “o dinheiro que ganha usa para comprar roupas, produtos de higiene

e para colocar crédito no celular⁶. O afastamento da escola tem, pois, o preço das mensagens de texto trocadas no celular.

O depoimento é o exemplo do que tem sido constatado pelos estudos da OIT que revelam que 40% das crianças e adolescentes que trabalham não estão inseridos em famílias que estão na denominada linha de pobreza⁷ e do que foi demonstrado pelo resultado recentemente divulgado do Índice de Desenvolvimento Humano. Segundo a apuração, entre as 44 cidades brasileiras mais desenvolvidas e bem avaliadas nos critérios de educação, longevidade e renda, 12 apresentam índices acima da média nacional de trabalho infantil na faixa de idade entre 10 e 17 anos⁸. Exemplo emblemático é o município de Balneário Camboriú (SC), que tem a quarta melhor posição no ranking de desenvolvimento humano, mas 14,2% das pessoas de 10 a 17 trabalham, enquanto a média nacional é de 12,3%.

O crescimento econômico vivenciado pelo Brasil nas últimas décadas não se refletiu em igualdade de oportunidades, de melhor distribuição de renda. As desigualdades persistem e se aprofundam. Às já naturais dificuldades de enfrentamento do problema – pobreza e má distribuição de renda – soma-se a nova realidade do apelo ao consumo e ao individualismo. Uma necessidade tipicamente capitalista e globalizada, de valorização do que se tem e daquilo que se consome, em detrimento do que somos e das possibilidades do que podemos ser. O que estamos, portanto, transferindo para nossas crianças e jovens não são conhecimentos e educação transformadora ou capacidade de empoderamento para a construção de seus futuros. Os valores que a sociedade contemporânea prioriza são o individualismo e a sensação de pertencimento pelo consumo e não pela participação, pela atuação cidadã e inclusiva.

Há, ainda, os que trabalham pelo sonho, pessoal ou da família, do sucesso artístico. Miríades de projetos infanto-juvenis de artistas e modelos engalfinham-se nas agências especializadas, para lutar bravamente por uma oportunidade de fazer comercial, participar de novelas ou ensaios fotográficos.

Enfrentar o trabalho infantil é, pois, tarefa que passa pela revolução cultural, que possa dar à sociedade a certeza de que permitir a troca da infância pelo sus-

6 <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/129094-os-meninos-de-congonhas.shtml>.

7 <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-10-10/especialistas-alertam-que-trabalho-infantil-nao-esta-relacionado- apenas-pobreza>

8 <http://oglobo.globo.com/economia/trabalho-infantil-esta-presente-em-12-cidades-de-idh-muito-alto-9340073#ixzz2dkZ5QnHt>.

tento, pelos sonhos artísticos ou pelos bens de consumo significa alijar a própria sociedade, num futuro bem próximo, de homens e mulheres capazes de lutar por suas reais necessidades e construírem, aí sim, seus projetos e sonhos.

A revolução inicia pelo reconhecimento do trabalho infantil e da sua afirmação como violação de direitos humanos e como consequência da presença de desigualdades. Esse reconhecimento é uma necessidade para viabilizar a construção de mecanismos de equiparação das condições de exercício dos direitos.

No caso, a norma legal de direitos sociais constitui-se num mecanismo necessário e determinante para estabelecer equilíbrio no exercício do direito de proteção à criança e adolescente. A norma de direitos social, embora em princípio seja genérica e abstrata, pode adequar-se para promover igualdade. As garantias políticas e jurisdicionais, portanto, como refere Pisarello, são essenciais para que os direitos fundamentais alcancem efetividade. Um programa constitucional, entretanto, por mais completo e exaustivo que fosse:

(...) resultaría incompleto, irrealista, y en última instancia, fútil, sin la existencia y permanente promoción de múltiples y robustos espacios ciudadanos en condiciones de garantizar socialmente la eficacia de las aludidas garantías institucionales (...)⁹

Sugere, ainda, o citado autor que:

Sin una clara identificación de las obligaciones y de los sujetos obligados, los derechos carecen de la savia que nutre su fuerza reivindicativa. Pero la actuación a la inhibición de los obligados, a su vez, sólo pueden tener lugar, en último término, si existen actores capaces de obligar. Si existen, en suma, frente a los poderes estatales y privados, garantías sociales, ciudadanas, de los derechos.

Trata-se de estabelecer as obrigações e deveres de cada ator social e a capacidade do exercício do direito, de forma a conjugar todas as possibilidades numa única direção que promova, efetivamente, o fim do trabalho infantil.

9 PISARELLO, Gerardo. **Ferrajoli y los derechos fundamentales: qué garantías?**. Disponível em <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/1c102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>> Acesso em 23 set. 2010.

Nessa linha, afirma Joaquín Herrera Flores:

La igualdad es una condición de la libertad, pues sin condiciones sociales, económicas y culturales de poco vale ‘gozar’ de derechos que no van a poder ser puestos en prácticas; pero sin ésta, sin la libertad, es decir, sin las condiciones que permiten ejercer la política democrática, el debate permanecerá, bien en el terreno estéril de las formas o, en el no menos angustiantes circuito de la rebelión sin estructuras institucionales¹⁰.

O contato, antes de tudo, com a vileza da exploração do trabalho infantil mostra-se o marco inicial, o passo do começo da caminhada, antes da formatação de um regime de concretização de direitos, que faça valer, em termos concretos, a Constituição.

Para tanto, vamos examinar, conhecer e reconhecer, a seguir, as piores formas de trabalho infantil, segundo a Organização Internacional do Trabalho.

3. AS PIORES FORMAS DO QUE JÁ É O PIOR

O trabalho infantil sempre existiu na história da humanidade, ganhando contornos diferentes ao longo do tempo.

Na Antiguidade e na Idade Média, o trabalho infantil era destinado ao aprendizado de um ofício. Na modernidade, assumiu um caráter disciplinador e de exploração¹¹.

A erradicação desta grave violação de direitos humanos exige políticas públicas mundiais coordenadas nas áreas de desenvolvimento social, econômico e na garantia de investimento na educação de qualidade. Essas políticas mundiais são assumidas pela Organização das Nações Unidas - ONU e pela Organização

10 FLORES, Joaquín Herrera. *La Construcción de las Garantías, hacia una Concepción Antipatriarcal de La Libertad y la Igualdad*. Texto extraído do livro **De “habitaciones propias” y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales**. Instituto de Derechos Humanos da Universidad de Deusto, Bilbao, 2005. www.upo.es

11 ALBERTO. Maria de Fátima Pereira. CAVALCANTE. Carmen Plácida Souza. CIRINO. Daniele Cristine da Silva. SANTOS. Denise Pereira. SOUZA. Gabriel Pereira. Trabalho Infantil: Piores Formas, Causas e Consequências. in FAVA, Marcos Neves; NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão. Criança, Adolescente, Trabalho. São Paulo: Ltr. 2010.

Internacional do Trabalho - OIT, e de seus Países membros. As formas de enfrentamento do problema, ao longo dos anos, têm adquirido características que procuram se adaptar as inúmeras dificuldades da erradicação definitiva e as múltiplas formas de trabalho infantil que são constatadas mundo afora.

Da necessidade de alternativas para alcançar resultados mais definitivos, houve a introdução do conceito das piores formas de trabalho infantil.

A formatação do conceito de *piores formas de trabalho infantil* nasceu da constatação de que a efetiva erradicação de toda e qualquer forma de trabalho infantil depende de fatores relacionados ao crescimento econômico, ao progresso social, diminuição da pobreza e do acesso à educação universal, medidas, portanto, que tem abrangência e estágios diferenciados em cada uma das Nações.

Diante dos números que apontam 150 milhões de crianças e adolescentes envolvidos com alguma forma de exploração da sua mão de obra, a Organização das Nações Unidas – ONU e a Organização Internacional do Trabalho – OIT estabeleceram estratégias e políticas direcionadas à proteção e erradicação de todas as formas de trabalho infantil. Em 1989, A ONU proclamou a Convenção Universal sobre direitos das crianças¹² e a OIT editou, entre outras, as Convenções 138 de 1973 e 182 de 1999, conjunto de normas que visam minimizar e eliminar o trabalho infantil. Em especial, diante da dificuldade de efetivar a eliminação de todas as formas de trabalho infantil no mundo, a edição da Convenção 182 teve a intenção de instrumentalizar os Países membros que adotassem a norma e mecanismos mais eficazes para a eliminação de, pelo menos, as piores formas de trabalho infantil¹³. No texto das considerações da própria Convenção, se pode perceber a preocupação e razão da especial atenção dada às denominadas piores formas de trabalho infantil. Diz o texto:

(...) Considerando a necessidade de adotar novos instrumentos para proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, como a principal prioridade de ação nacional e internacional, que inclui cooperação e assistência internacionais, para complementar a Convenção e a Recomendação sobre Idade Mínima para Admissão a Emprego, de 1973, que continuam sendo instrumentos fundamentais sobre trabalho infantil;

12 <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-direitos-humanos/>

13 <http://www.oitbrasil.org.br/node/518>

Considerando que a efetiva eliminação das piores formas de trabalho infantil requer ação imediata e global, que leve em conta a importância da educação fundamental e gratuita e a necessidade de retirar a criança de todos esses trabalhos, promover sua reabilitação e integração social e, ao mesmo tempo, atender as necessidades de suas famílias;

Recordando a resolução sobre a eliminação do trabalho infantil adotada pela Conferência Internacional do Trabalho, em sua 83a Reunião, em 1996;

Reconhecendo que o trabalho infantil é devido, em grande parte, à pobreza e que a solução a longo prazo reside no crescimento econômico sustentado, que conduz ao progresso social, sobretudo ao alívio da pobreza e à educação universal;

Recordando a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989;

Recordando a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, adotada pela Conferência Internacional do Trabalho em sua 86a Reunião, em 1998;

Recordando que algumas das piores formas de trabalho infantil são objeto de outros instrumentos internacionais, particularmente a Convenção sobre Trabalho Forçado, de 1930, e a Convenção Suplementar das Nações Unidas sobre Abolição da Escravidão, do Tráfico de Escravos e de Instituições e Práticas Similares à Escravidão, de 1956 (...)

Para efeitos da referida Convenção, o termo criança é utilizado para toda a pessoa com idade inferior de 18 anos.

A expressão *as piores formas de trabalho infantil* utilizada na Convenção compreende, de forma geral: a) todas as formas de escravidão ou situações análogas, tais como servidão por dívida, tráfico e venda de crianças, trabalho forçado ou compulsório, recrutamento para conflitos armados; b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição e pornografia; c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, em particular para o tráfico de entorpecentes; d) trabalhos que, por sua natureza ou circunstância em que executados são prejudiciais à saúde, segurança ou moral da criança.

A Organização Internacional do Trabalho, no relatório do seu Programa Internacional pela Erradicação do Trabalho Infantil – IPEC, denominado “Niños

em Trabajo Peligrosos: Lo que sabemos Lo que debemos hacer”¹⁴ apresenta os motivos da prioridade do enfrentamento do trabalho infantil nas suas piores formas registrando que

(...) Hay razones de peso para atender este tema con urgencia: 1) la magnitud del problema: las estimaciones actuales indican que el total de niños en trabajos peligrosos es de 115 millones; 2) el reciente aumento del trabajo infantil peligroso entre los adolescentes: un incremento del 20 por ciento en cuatro años; y 3) la creciente evidencia de que los adolescentes registran una tasa de lesiones en el trabajo superior a la de los adultos. También hay sólidas razones para creer que donde más se puede avanzar en la eliminación del trabajo infantil es en el área del trabajo peligroso. El informe revela muy buenos resultados con respecto al retiro de los niños más pequeños del trabajo peligroso, así como a la reducción del número de niñas involucradas en esta peor forma de trabajo infantil. Ello indica que los esfuerzos están dando sus frutos.(...)

Segundo dados do Informe Global da OIT, a África é a região com maior incidência de crianças trabalhando. Uma a cada quatro. No Mali, por exemplo, duas a cada três crianças entre 5 e 17 anos trabalham, somando três milhões, sendo que 40% executam tarefas perigosas¹⁵. Os exemplos são muitos. Crianças trabalhando em fornos no Afeganistão, dez a quinze horas por dia; em minas na Bolívia; perdendo as pontas dos dedos das mãos e dos pés na produção de sal no Camboja; em matadouros, casas de farinha, trabalho doméstico e lavouras de fumo no Brasil. Apenas uma pequena amostragem dos muitos exemplos dramáticos desta realidade ainda sem solução.

As consequências do trabalho precoce e, especialmente, aquele considerado como sendo *as piores formas* são percebidas pelos danos psicológicos e sociais, além dos físicos. A criança assume compromissos e responsabilidades do mundo adulto, se tornam arrimo de família e deixam de vivenciar as experiências da

14 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcm_s_155443.pdf

15 ARRUDA. Kátia Magalhães. O Desafio de Eliminar as Piores Formas de Trabalho Infantil no Mundo. Revista LTr. Ano 77. n. 6, 2013.

infância que possibilitam o crescimento de forma progressiva e saudável. Há um sentimento de sobrecarga, de pressão, de exploração que será levada para a vida adulta como forma de desestímulo e baixa autoestima.

Corpos devastados por lesões irreversíveis. Incapacidades físicas definitivas ainda na infância. Elevado número de mortes por causa dos acidentes de trabalho são dados que chocam e envergonham. No Brasil, segundo o Ministério da Saúde, os acidentes de trabalho envolvendo crianças e adolescentes é duas vezes maior do que aqueles envolvendo adultos.

A necessidade, portanto, de uma ação imediata e global eficaz motivou a adoção da Convenção 182, também, pelo Governo Brasileiro que ratificou seus termos e assumiu compromisso de erradicar as piores formas de trabalho infantil até o ano de 2015, levando em conta a importância da educação fundamental e gratuita e a necessidade de retirar a criança de todos esses trabalhos, promovendo sua reabilitação e integração social e, ao mesmo tempo, atender as necessidades das suas famílias¹⁶. Importante recordar que, no Brasil é proibido o trabalho para menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz. A norma constitucional brasileira, no artigo 7º, inciso XXXIII, também protege o a pessoa maior de 16 anos e menor de 18 anos, vedando a possibilidade de trabalho em condições perigosas, insalubre e em horário noturno.

A Convenção 182 prevê que a definição do trabalho nas suas *piores formas* será feito pelas legislações nacionais. O Brasil ratificou a Convenção 182 por meio do Decreto nº 3.597¹⁷ de setembro de 2000 e regulamentou a aplicação por meio do Decreto nº 6481/2008¹⁸ que criou a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil – TIP. Em conformidade com a legislação brasileira, o Decreto nº 6481/2008, no seu artigo segundo, proíbe o trabalho em todas as atividades relacionadas na lista para menores de 18 anos. Eventual autorização para o trabalho nas atividades consideradas como piores forma necessita de autorização do Ministério do Trabalho e Emprego e parecer técnico que ateste a não exposição a risco de comprometimento da saúde, segurança e moral do adolescente.

16 MEDEIROS NETO. Xisto Tiago. Trabalho Infantil e Fundamentos para a Proteção Jurídica da Criança e do Adolescente. *in* FAVA, Marcos Neves; NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão. Criança, Adolescente, Trabalho. São Paulo: Ltr. 2010.

17 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3597.htm

18 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm

Entre as atividades relacionadas como sendo *piores formas* na Lista TIP, encontramos muitas que continuam a ser rotina no Brasil. O trabalho em matadouros e abatedouros, no cultivo do fumo, em atividades domésticas está presente na realidade de milhões de crianças e adolescentes.

Outra face perversa da exploração de crianças e adolescentes no Brasil é a exploração sexual, incluída pela Convenção 182 da OIT como uma das *piores formas* de trabalho infantil. Os números são alarmantes e a invisibilidade do problema agrega a certeza de que as estatísticas não espelham a real situação. De qualquer forma, pesquisa do Ministério da Saúde mostra que, em 2011, foram registrados 14.625 notificações de violência doméstica, sexual, física e outras agressões contra crianças com menos de 10 anos¹⁹.

A realidade da dureza do trabalho infantil e, ainda mais cruel nas suas *piores formas*, exige uma opção por lutar pela dignidade humana e por erradicar, não só o trabalho infantil, mas a grave violação de direitos humanos que representa o abandono do direito à infância plena e o direito à educação de qualidade.

As consequências do trabalho precoce, como o sofrimento físico e mental das crianças determinam, também, a perda do futuro e da possibilidade do crescimento da Nação sem desigualdade. Aquele que trabalha antes dos nove anos têm baixa probabilidade de receber, na vida adulta, rendimentos superiores a R\$ 500,00 mensais²⁰.

As crianças não possuem ossos, músculos e pele desenvolvidos para suportar jornadas de trabalho, esforço físico e mental exigidos pelo trabalho, seja em qualquer atividade e muito especialmente naquelas consideradas *piores formas*. A contaminação dos órgãos internos por substâncias tóxicas é muito maior nas crianças já que finalizado o processo de desenvolvimento. O trabalho infantil, além de mutilar fisicamente, rouba a possibilidade do brincar, do lúdico, do estudar e aprender.

Mais sensível, a situação ganha contornos dramáticos, quando experimentada no ambiente dos lares. As crianças trabalhadoras domésticas habitam espaço estruturado, em que assistem relações sociais ordenadas e coordenadas, com as pessoas exercendo seus papéis socialmente esperados. Mas ela, a criança, precisa passar o tempo todo trabalhando.

19 <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/01/23/pais-incentiva-combate-ao-abuso-e-exploracao-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>

20 http://portal.mpt.gov.br/wps/wcm/connect/dc8f890040a71aab8165f550459e6375/Manual_Atua%C3%A7%C3%A3o_MP_-_trabalho_infantil_para_web.PDF?MOD=AJPERES.

Sob a proteção constitucional da intimidade e do domicílio, escudam-se os empregadores de se submeter à fiscalização do Ministério do Trabalho, o que, em termos práticos, tende a tornar invisíveis essas relações de trabalho.

Os mais próximos, familiares, amigos, vizinhos, aceitam a justificativa pretensamente moral de que a pessoinha está ali para “ser ajudada”, e retirada da “extrema pobreza”, vivendo em condições melhores, como “um filho da casa”. A hipocrisia gerente das relações sociais mascara, dessa forma, a exploração cruel de centenas de milhares de crianças que, ainda sem conformação física suficiente para o pesado trabalho doméstico, e, com certeza, longe da maturidade para administrar seus próprios atos, respondem pela limpeza de casas inteiras e, não raro, criam os filhos da patroa.

4. DO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO. DAS OPRESSÕES SOBREPOSTAS

O combate ao trabalho infantil doméstico foi eleito prioridade da OIT no ano de 2013. Quando se analisa os dados do trabalho infantil doméstico, que no mundo somam cerca de 7,4 milhões de crianças e adolescentes entre 5 e 14 anos, segundo dados da ONU²¹, o Brasil agrega uma característica a mais na perversidade do dano: a presença majoritária de crianças negras do sexo feminino.

Os dados indicam que 258 mil de crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos estavam ocupadas nos serviços domésticos, trabalho proibido para essa faixa etária e que esse tipo de trabalho representava 3,9% do total de empregados domésticos no Brasil em 2011.

No trabalho doméstico, atual meta de erradicação prioritária da OIT²², entre 2008 e 2011, o contingente de crianças e adolescentes que realizavam afazeres domésticos pouco se alterou, passando de 19 milhões de crianças e adolescentes em 2008 para 18,5 milhões em 2011. Entre as crianças e adolescentes ocupados nos serviços domésticos, predominam as meninas. Em 2011, 93,7% do contingente de crianças e adolescentes ocupados nessa atividade eram meninas. Dentre as

21 <http://www.onu.org.br/150-milhoes-de-criancas-de-5-a-14-anos-sofrem-com-trabalho-infantil-em-todo-mundo-alerta-unicef/>

22 <http://www.oitbrasil.org.br/content/nao-ao-trabalho-infantil-domestico>

meninas ocupadas, 19,6% eram domésticas (cerca de 241 mil meninas). Entre os meninos, 0,7% dos ocupados (16 mil meninos) realizavam trabalhos domésticos.

Essa realidade expõe a similitude com a invisibilidade e ocultação das desigualdades de gênero no País.

As mulheres, especialmente as negras e pobres, sofrem com a *vulnerabilidade* das desigualdades sociais, com a falta de espaços assegurados de luta e construção de cidadania. É no trabalho adulto doméstico, também, que predomina a mão de obra feminina e negra. Segundo o Censo do IBGE de 2010²³, 92,7% dos trabalhadores no segmento doméstico eram mulheres e a OIT aponta que cerca de 82% destas mulheres são negras²⁴.

O trabalho doméstico no Brasil sempre representou um segmento desprotegido e desvalorizado, com altos índices de informalidade e poucas garantias trabalhistas, baixos salários e extrema vulnerabilidade. Há uma prevalência no *“imaginário social orientado pelas ideias do sexismo patriarcal, como uma atividade desvalorizada aos olhos de grande parte da sociedade, naturalizado como “serviço de mulher”, caracterizando-se pelos baixos salários, elevadas jornadas, altas taxas de acidentes, e violências físicas – psicológicas-sexual, além de altos índices de contratação à margem da legalidade, sem proteção e ausência de contribuição à previdência.”*²⁵

A presença, portanto, predominante de mulheres e, especialmente, mulheres negras, significa *“dimensiones superpuestas de opresión (overlapping opresions)”*, conceito desenvolvido por Joaquín Herrera Flores²⁶ que dimensiona a desigualdade com três características fundamentais: a) uma variável contínua, que circula por diversos coletivos de mulheres, que de maior ou menor intensidade são oprimidas; b) uma variável quantitativa, que determina a quantidade de obstáculos e dificuldades para vencer as opressões e que não atingem os coletivos de mulheres de forma linear; c) e uma terceira variável que a transversalidade que afeta, primeiro, a todos os coletivos de forma homogênea e, depois, de forma diferenciada, por extrato social.

23 <http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=3&idnoticia=2296&busca=1>

24 http://www.globalrights.org/site/DocServer/Mulheres_Negras_e_o_Trabalho_Dom_stico_no_Brasil.pdf?docID=14084

25 http://www.globalrights.org/site/DocServer/Mulheres_Negras_e_o_Trabalho_Dom_stico_no_Brasil.pdf?docID=14084

26 <http://pt.scribd.com/doc/42940747/De-Habitaciones-Propias-y-Otros-Espacios-Negados>

A conclusão é de que as concepções clássicas de desigualdades não servem para explicar a realidade de diversas formas de opressões que se somam e se sobrepõem quando falamos, no caso, de trabalho doméstico exercido por mulheres negras e pobres. Traçando um paralelo com o trabalho infantil doméstico, identificamos a crueldade da repetição da exclusão e opressão destinada às mulheres, agora, também, às crianças meninas.

As desigualdades raciais e de gênero no Brasil, assim como o trabalho infantil, especialmente o doméstico, são persistentes e expressivas ao longo dos anos, e que a dimensão dessas desigualdades não pode ser justificada unicamente pela condição socioeconômica. Parte significativa dessas desigualdades decorre da existência de mecanismos discriminatórios associados à raça/cor e ao gênero²⁷.

Do mesmo modo, a presença e persistência do trabalho infantil não podem ser explicadas, apenas pelas condições socioeconômicas do País. Há uma condicionante cultural, com fundo e raiz no sistema educacional, que cumpre determinante e fundamental papel de manutenção das desigualdades e da tolerância e aceitação do trabalho infantil.

A naturalidade no aceitamento deste fenômeno impede as possibilidades de acesso aos bens materiais necessários para levar adiante um projeto de vida digna e igual para todos. A apropriação, pelo conhecimento e conscientização, da realidade por toda a sociedade e por seus agentes políticos pode determinar a construção de novas práticas que, com efetividade, representem mudanças de padrões e ações concretas de eliminação do trabalho infantil.

Gerações já foram perdidas e desperdiçadas com o tratamento superficial do problema. Enfrentar o “*depredador*”²⁸, aqui identificado com a exploração do trabalho humano, é afrontar a ideologia que desrespeita a condição humana, que viola o valor social do trabalho, que subjuga seres humanos por suas condições de gênero e raça e, no caso, pela sua idade e incapacidade de reação.

As múltiplas facetas do problema precisam ser identificadas e abordadas com igual relevância. O trabalho infantil não resulta de fatores isolados. É consequência de condicionantes econômicas, políticas, sociais e culturais. Portanto, há uma complexidade no prisma e nas suas cores que exige um olhar apurado, intenso e definitivo para a transformação da cruel realidade que o envolve.

27 http://www.globalrights.org/site/DocServer/Mulheres_Negras_e_o_Trabalho_Dom_stico_no_Brasil.pdf?docID=14084

28 <http://pt.scribd.com/doc/42940747/De-Habitaciones-Propias-y-Otros-Espacios-Negados>

O universo do trabalho infantil doméstico, proibido para menores de 18 anos, está inserido no atual patamar civilizatório de proteção que se ampliou, significativamente. Mediante a Emenda Constitucional 72, a Carta brasileira estendeu aos domésticos garantias como o controle de jornada (com o consequente pagamento de horas extras e adicional noturno), o sistema do FGTS (obrigatório, não facultativo), a proteção previdenciária mais ampla, a proteção contra despedidas imotivadas etc. Com este degrau, a sociedade ultrapassou barreiras históricas e práticas arraigadas, que desencadeiam-se na passagem da escravidão institucionalizada e permeavam os liames sociais até então.

Cumpre não perder a chance de desmentir uma conclusão apressada a que chegaram alguns. Com o advento das modificações da Emenda do trabalho doméstico, muitos aspectos da Consolidação das Leis do Trabalho passaram a ser aplicáveis a essa modalidade de relação. Isso, no entanto, não significa que o trabalho doméstico tornou-se permitido a quem tenha menos de 18 anos. A menoridade genérica – da Constituição e, portanto, da Consolidação – ao caso do trabalho doméstico não se aplica, por conta de sua classificação como uma das piores formas de trabalho infantil. A idade mínima, portanto, para esse tipo de trabalho é dezoito anos.

O componente cultural, entretanto, é ainda mais significativo no trabalho infantil doméstico. O padrão disseminado na sociedade de que meninas pobres podem ser “salvas” por famílias de classe média alta que “ajudam” na sua educação e subsistência em “troca” de serviços realizados nos lares e nos cuidados com seus filhos é, ainda, de fácil assimilação e de difícil desconstrução.

No pensamento de Kátia Magalhães Arruda:

A ideia persistente de que se está “fazendo um favor” a essas meninas não pode embotar nossa visão racional de que a exploração do trabalho infantil, seja de forma mais exposta ou de forma mais sutil, retira o direito de ser criança, o acesso à escola e ao crescimento saudável, almejados por todos que se interessam em construir uma nação de bem-estar social e com garantias básicas de cidadania²⁹.

29 http://www.tst.jus.br/documents/2237892/2544819/Artigo+-+Kátia+Magalhães+Arruda+-+O+trabalho+infantil+doméstico_rompendo+com+o+conto+da+Cinderela.pdf.

A inclusão do trabalho doméstico como uma das piores formas de trabalho infantil, tanto pela Convenção 182 da OIT quando na Lista TIP, é resultado da dificuldade de combater esse tipo de atividade e de fiscalizar a sua realização no âmbito das famílias brasileiras. Além da histórica invisibilidade e precariedade do trabalho doméstico, sempre desvalorizado e insuficientemente protegido, o fato de ser produzido dentro dos lares, que são constitucionalmente protegidos na sua inviolabilidade, estabelece obstáculos e dificuldades para a fiscalização e visibilidade de quem e de que forma o trabalho é prestado.

Essas dificuldades não podem, entretanto, servir de empecilho e justificativa para que o problema seja enfrentado em toda a sua extensão.

Para a OIT, *“a erradicação do trabalho infantil doméstico está diretamente relacionada com o combate à pobreza na América Latina e Caribe, assim como a oferta e ampliação de uma educação de qualidade a todas as meninas, meninos e adolescentes. São as situações de pobreza no campo e na cidade que geram situações como a das “criaditas”, “ahijadas”, “filhas de criação”, “restàvek”, as meninas que desde muito cedo os pais enviam ou “dão” para uma família que se encarregará de seu cuidado em troca de habitação e educação, na esperança de que isto as conduza a melhores condições de vida. Estas meninas, em um enorme número de casos, não formam “parte da família”, mas atrás desta denominação se transformam em pequenas trabalhadoras domésticas, sem oportunidades de estudo e de uma infância e adolescência saudáveis. São também as vítimas frequentes de assédio moral e sexual e maus tratos³⁰.”*

Negar e retardar o enfrentamento do trabalho infantil em todas as suas formas e não efetivar todas as possibilidades de políticas públicas e de revolução cultural para retirar o caráter de “normalidade” do fato, significa negar a possibilidade de um futuro de crescimento econômico com igualdade e inclusão.

Da mesma forma, a concepção comprometida de que trabalho infantil (doméstico) mostra-se intolerável deverá conduzir as transformações, a ponto de não mais tomarmos por ordinário, comum, aceitável.

Os deletérios efeitos do trabalho precoce são apreensíveis intuitivamente: desgaste físico, para uma conformação ainda incompleta, desgaste emocional, supressão das fases de formação pessoal e profissional. Tudo a indicar um quadro conseqüente de malefícios enormes, à pessoa, à família, à sociedade. O trabalhador

30 http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/notas_oit_3_559_733.pdf

infantil, em geral, não se forma para o trabalho, permanecendo em subempregos ou em empregos precários, razão pela qual incentiva seus filhos a anteciparem, também, a entrada no mercado de trabalho, precocemente, estimulando-se um ciclo perverso e pejorativo de desenvolvimento.

Esse moto contínuo, em que “*a trajetória dos pais influencia a história dos filhos por gerações e gerações. Segundo dados disponíveis, mais de 80% das crianças trabalhadoras domésticas têm pais que começaram a trabalhar com 14 anos ou menos, indicando uma dura situação social que não permite a esses segmentos migrar deste lugar – de trabalhadores domésticos – para outros*”³¹, se repete, sem fim.

5. CONCLUSÕES

Não há isolamentos, nas relações sociais. Inexistem ilhas protegidas do contato com os demais núcleos e camadas do tecido da organização em grupo. Ainda que claramente possam ser enxergadas as classes dominantes e dominada, é impossível negar que os movimentos no interior de cada grupo implicam ressonâncias no oposto.

A participação de crianças no mercado de trabalho constitui realidade sofrível para população menos favorecida economicamente e, como visto, vitimada por um ciclo pernicioso, que é o da inauguração da vida profissional sem condições mínimas, que, por sua vez, estimula a inserção em atividades e empregos precários, a sugerir, depois, a precoce inserção de seus filhos no mercado, nas mesmas condições.

Os indesejáveis frutos da construção de uma sociedade marcada por sulcos de desigualdade não beneficiam, no entanto, a ninguém. Ainda que o lucro fácil e o conforto escuso da exploração da mão de obra infantil possam, aparentemente, justificar sua existência, não será possível ignorar que a estrada que caminhamos juntos torna-se pior, mais esburacada e faz o percurso mais duro, mais difícil, mais caro e menos humano.

Reconhecer a exploração do trabalho infantil – notadamente em suas piores formas – como uma violação aos direitos humanos, com graves repercussões no

31 http://www.tst.jus.br/documents/2237892/2544819/Artigo+-+K%C3%A1tia+Magalh%C3%A3es+Arruda+-+O+trabalho+infantil+dom%C3%A9stico_rompendo+com+o+conto+da+Cinderela.pdf

seio do grupo social prestará para alavancarmos uma luta mais firme, coletiva e comprometida contra tal insuportável situação.

Os instrumentos jurídicos existem, estão disponíveis e significam condições formais para a eliminação do trabalho infantil. Há pronunciamentos políticos, tanto do governo brasileiro, como das instituições internacionais, neste sentido.

Faltam, entretanto, a efetividade e as ações coordenadas neste sentido. Falta insistir à exaustão a necessidade de romper com o imobilismo, com o discurso fácil, com a postura alienada da sociedade. Falta efetivo investimento em políticas públicas que se traduzam na possibilidade de vida digna para as famílias e de acesso ao ensino público universal de qualidade, ensino qualificado e inclusivo.

Há muitas faltas.

Crianças, no entanto, não vivem de faltas. Elas vivem de presenças, de compromissos, de abraços que garantam seus futuros. É disso que falamos. Futuro, que não há, quando o trabalho precoce se instala para corroer os corpos, as mentes e a infância. É nossa obrigação como sociedade, como governo, como família a proteção integral da criança e a garantia de infância, de saúde, de liberdade.

Não há como recuperar que já se foi, mas há como preservar e proteger o que está por vir. Esse é o compromisso que, com urgência e sofreguidão, precisa impregnar a mente, os corações e as atitudes de todos e cada um de nós.

Quem sabe, assim, o cata-vento possa ser, de novo e só um brinquedo infantil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTO, Maria de Fátima Pereira. CAVALCANTE, Carmen Plácida Souza. CIRINO, Daniele Crisitine da Silva. SANTOS, Denise Pereira. SOUZA, Gabriel Pereira. Trabalho Infantil: Piores Formas, Causas e Consequências. in FAVA, Marcos Neves; NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão. *Criança, Adolescente, Trabalho*. São Paulo: Ltr. 2010.

ARRUDA. Kátia Magalhães. **O Desafio de Eliminar as Piores Formas de Trabalho Infantil no Mundo**. Revista LTr. Ano 77. n. 6, 2013.

FLORES, Joaquín Herrera. *La Construcción de las Garantías, hacia una Concepción Antipatriarcal de La Libertad y la Igualdad*. In *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*. Instituto de Derechos Humanos da Universidad de Deusto. Bilbao, 2005.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Trabalho Infantil e Fundamentos para a Proteção Jurídica da Criança e do Adolescente. *in* FAVA, Marcos Neves; NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão. **Criança, Adolescente, Trabalho**. São Paulo: Ltr. 2010.

PISARELLO, Gerardo. ***Ferrajoli y los derechos fundamentales: qué garantías?***. Disponível em <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/1c102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>> Acesso em 23 set. 2010.

O ACESSO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E LEI DE COTAS: A POSSIBILIDADE DE ABORDAGEM DIVERSA DO *STANDARD* JURISPRUDENCIAL

Bráulio Gabriel Gusmão¹

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente texto é apresentar reflexão acerca do acesso ao trabalho da pessoa com deficiência e analisar os dois principais tipos de respostas que a Justiça do Trabalho tem oferecido, quando provocada acerca do tema. Para esse objetivo será preciso trazer o novo conceito jurídico da pessoa com deficiência, a partir da ratificação pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, elevada ao status de Emenda Constitucional. A nova configuração exigirá outra leitura da legislação infraconstitucional, especialmente aquela voltada às relações de trabalho.

Em seguida, será apresentada a realidade socioeconômica das pessoas com deficiência, especialmente no tocante ao acesso ao emprego, com base nos resultados do último Censo Demográfico publicado pelo IBGE, em 2010. A evidência estatística precisará então ser confrontada com as respostas oferecidas pela jurisprudência dos Tribunais do Trabalho e os efeitos delas resultantes, especialmente quando a se discute a falta de pessoas com deficiência em condições de trabalhar.

1 Juiz do Trabalho, titular da 4ª Vara do Trabalho de Curitiba/PR. Mestrando em Direito na UNIBRASIL - Faculdades Integradas do Brasil.

Trata-se da busca pela efetiva proteção de direitos difusos, cujo titular não é determinado, mas há clara identificação do grupo que o caracteriza². A discussão estará então centrada na hipótese de outra abordagem, que caminhe para construção de um novo *standard* jurisprudencial, centrado na busca pela inclusão no mercado de trabalho de um grupo em condição de vulnerabilidade ou claramente discriminado, no caso, a pessoa com deficiência.

1. O CONCEITO JURÍDICO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS EM QUESTÃO DE TRABALHO E EMPREGO

A análise do estudo proposto exige a eleição de pontos fundamentais, em especial, o estabelecimento de conceitos e a compreensão da matriz constitucional que orienta a temática dos direitos da pessoa com deficiência.

Dentre as diversas disposições contidas em Tratados e Pactos internacionais de Direitos Humanos, muitos dos quais ratificados pelo Brasil, destaca-se a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007. O texto da referida Convenção e seu Protocolo Facultativo foi aprovado pelo Congresso Nacional, por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, de 2008³, conforme o art. 5º, §3º, da Constituição da República.

Importante insistir que o §3º do art. 5º é fruto da Emenda Constitucional nº 45, de 2004: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Assim, por se tratar de emenda constitucional e definidora de direitos e garantias fundamentais, as disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, da Constituição da República).

2 ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 28.

3 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em 14/08/2013.

Sobre definições e conceitos, ARAUJO⁴ aponta que o ornamento jurídico brasileiro adotou nova expressão: “pessoa com deficiência” e chama atenção para a simbologia importante do novo tratamento.

A deficiência passa a ser parte da pessoa, integrando-se a ela, e não algo que estava perto em virtude de posse ou portabilidade. Ela não carrega; ela é. Mas, antes de tudo, é uma pessoa. Logo, houve um ajuste de contemporaneidade à expressão empregada no Texto Constitucional.

Em seu preâmbulo, a Convenção (Emenda Constitucional) reconhece que a deficiência:

(e) é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Significa dizer que atitudes e condições do ambiente são capazes de produzir deficiência, o que acontece quando não é possível à pessoa com deficiência participar de maneira plena e efetiva na sociedade, com igualdade de oportunidades em relação às demais pessoas. Como corolário, ela (a deficiência) deixará de existir quando também aqueles obstáculos (atitudes e condições do ambiente) são eliminadas.

FONSECA⁵ assinala:

Os impedimentos de caráter físico, mental, intelectual e sensorial são, a meu sentir, atributos, peculiaridades ou predicados pessoais, os quais, em interação com as diversas barreiras sociais, podem excluir as pessoas que os apresentam da participação na vida política,

4 ARAUJO, Luiz Alberto David. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52-60.

5 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-32.

aqui considerada no sentido amplo. As barreiras de que se trata são os aspectos econômicos, culturais, tecnológicos, políticos, arquitetônicos, comunicacionais, enfim, a maneira como os diversos povos percebem aqueles predcados. O que se nota culturalmente é a prevalência da ideia de que toda pessoa surda, cega, paraplégica, amputada ou com qualquer desses impedimentos foge dos padrões universais e por isso tem um “problema” que não diz respeito à coletividade. É com tal paradigma que se quer romper.

A Convenção (Emenda Constitucional) estabelece cinco definições em seu Artigo 2 que, analisadas no conjunto, demonstram quais pontos devem ser atingidos para superação dos obstáculos ou deficiências que produzem a discriminação ou a exclusão: comunicação, língua, discriminação por motivo de deficiência, adaptação razoável e desenho universal. A propósito, a definição de “desenho universal” contribui para a clareza daquilo que se pretende, pois sugere que produtos, ambientes, programas e serviços sejam utilizados por todos sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, sem exclusão de ajuda para situações específicas.

FONSECA sustenta, a partir dessas e de outras considerações, que as pessoas cegas, surdas, paraplégicas e tetraplégicas possuem atributos equiparados aos demais atributos humanos (gênero, raça, idade, etc.). Esses atributos não contêm a deficiência, a qual é encontrada nas barreiras sociais que impedem o acesso aos direitos humanos básicos⁶.

O novo conceito de pessoa com deficiência, constitucionalmente adotado pelo Brasil por força da ratificação da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, transcende o aspecto meramente clínico e assistencialista que pautava a legislação anterior. Ressalta o fator político para que se reconheça a necessidade de superarem-se as barreiras sociais, políticas, tecnológicas e culturais.

A leitura do Artigo 1 da Convenção demonstra ênfase da deficiência na relação com o ambiente e não na patologia.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participa-

6 Op. cit. p. 27.

ção plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

A rigor, o novo conceito, de ordem constitucional, revoga ou, no mínimo, exige leitura diferenciada das disposições contidas no Decreto nº 5.296/2004, em seu art. 5º e no Decreto nº 3.298/99, artigos 3º e 4º, exigindo adoção daqueles critérios. Nesse sentido e em consonância com a diretriz constitucional, a atual redação do art. 20, §2º, da Lei 8.742/93, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, incorporou o novo conceito.

Ao discorrer sobre trabalho e emprego, em seu Artigo 27, a Convenção reconhece o “direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”, em “ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência”.

A respeito, a já mencionada Lei 8.742/93, recebeu o art. 21-A, incluído pela Lei 12.470/2011, influenciada pela Convenção e em sintonia com seus princípios, cujo texto aponta importante inovação para incentivar o acesso das pessoas com deficiência ao mundo do trabalho. Para fins didáticos, a reprodução do texto é importante:

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual.

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011).

§ 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

Dessa maneira, o benefício de prestação continuada não deixará de ser pago na hipótese de desemprego posterior, condição que certamente inibe a opção pelo trabalho e o posterior risco do desemprego.

Finalmente e de modo fundamental, deve ser apontada a disposição do art. 93 da Lei 8.213/91⁷, que obriga a contratação de pessoas com deficiência por parte de empresas com mais de 100 empregados, estabelecendo os percentuais de seus quadros a serem preenchidos.

Obviamente, a leitura desse comando infraconstitucional deve considerar a reconfiguração do ordenamento jurídico, trazida com a Emenda Constitucional / Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, especialmente no que diz respeito aos conceitos já apontados daquilo que vem a ser o deslocamento do próprio local da deficiência e a pessoa com deficiência em si.

Significa dizer, de outro modo, que não basta à empresa o oferecimento daquelas vagas, mas deve também atuar na eliminação das deficiências do seu próprio ambiente de trabalho, com vistas à concretização dos direitos estampados no texto da Convenção.

2. A REALIDADE SOCIOECONÔMICA DO ACESSO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Para os objetivos do presente estudo, três aspectos serão destacados, a partir do último Censo Demográfico publicado pelo IBGE⁸, em 2010, ao tratar das ca-

7 Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

- I - até 200 empregados.....2%;
- II - de 201 a 500.....3%;
- III - de 501 a 1.000.....4%;
- IV - de 1.001 em diante.....5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

8 IBGE. Censo Demográfico 2010: **Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. Rio de Janeiro: 2010., p. 71-88.

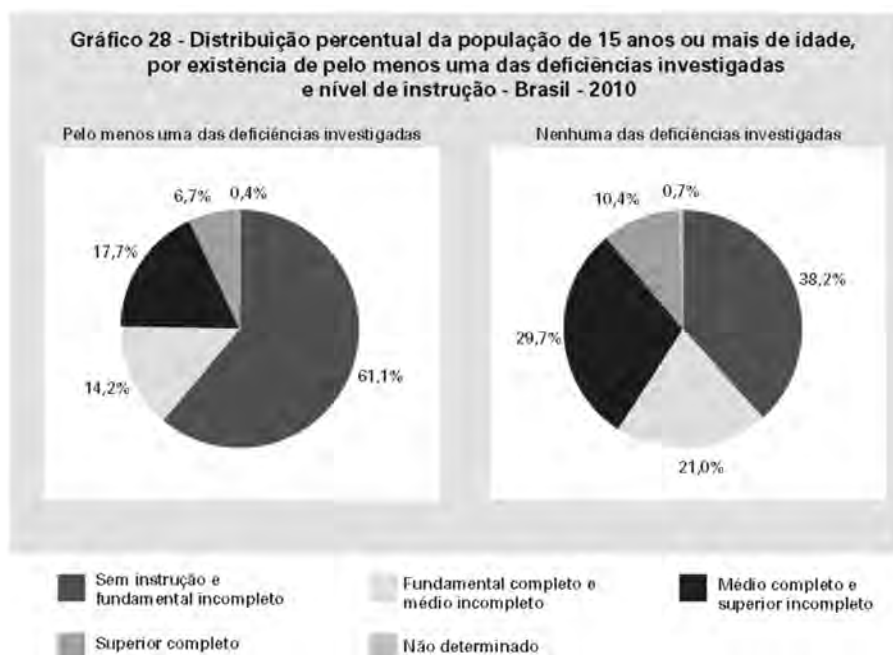
racterísticas da população e incluindo as pessoas com deficiência: o percentual da população com tais atributos; a alfabetização e escolaridade; o nível de emprego.

A pesquisa demonstra que já foi considerado o novo conceito de pessoa com deficiência.

O conceito de deficiência vem se modificando para acompanhar as inovações na área da saúde e a forma com que a sociedade se relaciona com a parcela da população que apresenta algum tipo de deficiência. Dessa forma, a abordagem da deficiência evoluiu do modelo médico – que considerava somente a patologia física e o sintoma associado que dava origem a uma incapacidade – para um sistema como a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF, divulgada pela Organização Mundial da Saúde - OMS (World Health Organization - WHO) em 2001, que entende a incapacidade como um resultado tanto da limitação das funções e estruturas do corpo quanto da influência de fatores sociais e ambientais sobre essa limitação⁹.

Conforme a investigação do IBGE, o percentual de pessoas com pelo menos uma das deficiências investigadas (visual, auditiva e motora, mental ou intelectual), na faixa entre 15 e 64 anos, que interessa para o presente texto, compreende 24,9% da população. No Sul do Brasil, 88,1% do referido grupo é alfabetizada, mas o nível de instrução, quando comparado com a população sem deficiência, mostra uma maior diferença, especialmente dentre aqueles sem instrução e ensino fundamental incompleto.

9 Op. cit., p. 71.



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

O Censo aponta que o nível de ocupação dentre aqueles que foram identificados com algum tipo de deficiência é de 46,2%, ou seja, mais de 50% da população nessas condições está desempregada.

Quando se compara essa realidade com o dispositivo legal que trata das cotas exigidas para contratação das pessoas com deficiência, inegável reconhecer que não há qualquer exagero no percentual estabelecido. Além disso, a proporção alcança maior evidência quando existe exigência por trabalhadores com menor qualificação, decorrente do seu grau de escolaridade.

Apesar do senso comum quanto à necessidade de mais políticas públicas nessa área, por exemplo, educacional (formação e orientação) e infraestrutura urbana para eliminação de obstáculos (deficiências ambientais), a realidade estatística deixa evidente que a atuação dos empregadores não ocorre como deveria.

3. O TRATAMENTO DO TEMA PELOS TRIBUNAIS DO TRABALHO

Por intermédio da ação civil pública¹⁰, o Ministério Público do Trabalho tem buscado os Tribunais do Trabalho com o objetivo de obrigar empregadores ao cumprimento do art. 93 da Lei 8.213/91. O resultado da pesquisa realizada aponta as duas principais tendências no comportamento da jurisprudência trabalhista, as quais compreendem de um lado o reconhecimento da ausência de cumprimento da obrigação e imposição de multa ou indenização por dano moral coletivo e, de outro lado, decisões que terminam por afastar a pretensão, reconhecendo os esforços do empregador e a ausência de candidatos ao emprego.

As ementas a seguir servem para indicar tais situações:

INDENIZAÇÃO POR DANO IMATERIAL COLETIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL - EVOLUÇÃO JURÍDICA - DESENVOLVIMENTO DE CATEGORIAS APTAS A LIDAR COM VIOLAÇÕES DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS - REPARAÇÃO DE LESÃO OFENSIVA AOS VALORES FUNDANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - NÃO PREENCHIMENTO DAS VAGAS RESERVADAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91 - OFENSA A DIREITO DIFUSO - DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE MATERIAL - EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. A evolução das concepções jurídicas acerca da responsabilidade civil, que caminha desde o reconhecimento restrito do dano material, passando pela admissibilidade do dano moral individual, até o reconhecimento, à luz dos marcos da Constituição Federal de 1988, da necessidade de reparação da coletividade, quando atingidos, por meio de conduta ilícita, valores assestados na Carta de 1988 e que detém titularidade transindividual, torna imperativa a afirmação do direito à reparação por dano imaterial coletivo, que, de forma tecnicamente inadequada vem sendo denominado dano moral coletivo. É importante que se ressalte que, assim como a denominação, que se refere aos direitos de natureza individual, os pressupostos para o reconhecimento da responsabilidade em razão dessa espécie de dano são diversos, revelando a insu-

10 Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

ficiência dos paradigmas do direito liberal clássico para lidar com as novas categorias jurídicas transindividuais. Nesse contexto, resulta incabível perquirir, na conduta da ré no caso concreto, a existência de incômodo moral com gravidade suficiente a atingir não apenas o patrimônio jurídico dos trabalhadores envolvidos, mas o patrimônio de toda a coletividade. O que releva investigar, no caso em tela, é a gravidade da violação infligida pela ré à ordem jurídica. A coletividade é tida por ofendida, imaterialmente, a partir do fato objetivo da violação da ordem jurídica. Assim, verificado nos autos que a ré, não obstante instada pelo Ministério Público do Trabalho a firmar termo de ajuste de conduta, resistiu por quatro anos em não cumprir a cota de portadores de deficiência prevista no art. 93 da Lei nº 8.213/91, descumprindo, injustificadamente, norma garantidora do princípio da igualdade material e da não discriminação das pessoas portadoras de necessidades especiais e, por conseguinte, furtando-se à concretização de sua função social, é devida a reparação da coletividade pela ofensa aos valores constitucionais fundamentais. Recurso de revista não conhecido.

(TST, 4ª T., RR 65600-21.2005.5.01.0072, Rel. Min.Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. 06/06/2012, DEJT 22/06/2012)

TRT-PR-19-03-2010 AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. ÔNUS DA PROVA QUANTO AO DESCUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO E INJUSTIFICADO DA OBRIGAÇÃO LEGAL PREVISTA NO ARTIGO 93 DA LEI 8.213/1991. Cabe à empresa que possui cem ou mais empregados ofertar no mercado de trabalho a quantidade de vagas necessárias ao cumprimento da cota legal mínima prevista no artigo 93 da Lei 8.213/1991, não lhe sendo lícito obrigar o portador de necessidades especiais habilitado ou reabilitado a aceitar o trabalho. Nunca é demais lembrar que a Constituição Federal veda a imposição de trabalho forçado, consoante interpretação que se extrai do seu artigo 5º, incisos II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), III (liberdade de exercício profissional, aí compreendido o direito de não trabalhar) e XLVII, alínea c (proibição de pena de trabalho forçado), além de tal fato constituir crime tipificado no Código

Penal (art. 149 - “Redução a condição análoga à de escravo”). Diante desse contexto, demonstrado pela reclamada a sua atuação diligente na busca em cumprir a determinação prevista no artigo 93 da Lei nº 8.213/1991, inclusive com implementação de projetos de capacitação e inclusão dos portadores de necessidades especiais no mercado de trabalho, caberia ao Ministério Público do Trabalho o ônus de indicar e comprovar especificamente ao menos uma hipótese em que a reclamada teria sido recalcitrante em cumprir sua obrigação legal negando, injustificadamente, a contratação de portador de necessidades especiais habilitado ou reabilitado que tenha se candidatado a uma vaga de emprego ofertada pelas cotas estabelecidas no aludido comando legal. Somente assim poderia se configurar a negligência voluntária da reclamada em cumprir a determinação legal, de modo a justificar a intervenção do Poder Judiciário para impor o cumprimento de obrigação de fazer conforme postulado. Recurso ordinário conhecido e desprovido.

(TRT-PR, 3ª T., RO 00912-2008-669-09-00-8 - ACO-08606-2010 – Rel.: Altino Pedrozo dos Santos. DJPR em 19-03-2010).

O que se observa nestas decisões tipo ou *standards* é a análise do caso a partir da conduta das partes, tão somente, limitando-se à entrega de uma solução de viés ressarcitório que atua voltada para o passado. Vale dizer, a empresa pode ser condenada ao pagamento de uma multa por não ter cumprido a legislação indicada ou pode ser absolvida da multa por demonstrar a impossibilidade de cumprir a mesma legislação. Todavia, não se observa atenção à melhor maneira de dar efetividade ao comando legal, mormente quando amparado em norma constitucional, com franca motivação para efetividade dos direitos fundamentais.

Dito de outro modo, a decisão que absolve determinado empregador, apenas analisa sua conduta pretérita e não inibe outras ações dos órgãos de fiscalização ou tem o poder de oferecer salvo conduto para o futuro. No sentido inverso, a decisão que impõe multas, apenas oferece punição por conduta já demonstrada, mas não atua de modo a propor soluções para depois. Claramente há uma carência de se também perseguir tutelas mais específicas, independentemente das decisões tipo mencionadas, que continuam sustentáveis quando analisam a conduta do responsável pela obrigação, entretanto, a questão de fundo continua sem resposta.

4. UMA NOVA POSTURA O JUDICIÁRIO

Os dados censitários deixam evidente a dificuldade de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, mas não será possível alcançar êxito nessa área sem uma atuação efetiva do Estado, não apenas da produção de políticas públicas adequadas, mas de modo firme na busca por medidas que levem as empresas a efetivamente contribuírem com sua parcela de responsabilidade, dentre elas as decisões judiciais.

A livre iniciativa não está dissociada do valor social do trabalho, na condição de fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da Constituição da República). São esses fundamentos que permitem o alcance dos objetivos da República, dentre eles a solidariedade, a redução de desigualdades sociais e a promoção do bem comum sem discriminação (art. 3º, I, III e IV, da Constituição da República). O Judiciário, como um dos poderes, não está imune a tais fundamentos e objetivos, razão pela qual não pode furtar-se de decidir conforme tais parâmetros.

A jurisdição acontece “como” jurisdição na medida em que deixa o “ser” dos direitos e garantias fundamentais virar desvelamento. Se o homem é o “pastor do ser”, o juiz é o “pastor dos direitos e garantias fundamentais”. É ele quem deve cuidar do “ser do ente” dos direitos e garantias fundamentais [...]. É nesse sentido que o processo judicial (condição de possibilidade para o exercício da jurisdição) deve ser concebido como um instrumento político, e não meramente técnico, e uma atividade de concretização das finalidades da Constituição e das leis em conformidade com esta¹¹.

A realidade estatística indica que a exclusão do mercado de trabalho é marcada fortemente pela ausência de um ambiente socialmente preparado para acolher as pessoas com deficiência, especialmente a partir do novo conceito do que vem a ser a deficiência em si. O próprio ambiente contém limitações que impedem o acesso ao trabalho. Não se trata apenas do alcance de um certo número mínimo escolhido pelo legislador, mas da efetiva ausência de atuação para tornar o meio ambiente de trabalho livre de obstáculos físicos e sociais.

11 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 174.

A significativa alteração trazida pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, elevada ao status de Emenda Constitucional, exige nova postura no cumprimento da legislação ordinária, especialmente na promoção da acessibilidade e no combate à discriminação. Dito de outro modo, deve o empregador atuar no sentido de transformar seus ambientes de trabalho em espaços inclusivos e acessíveis às pessoas com deficiência. A contratação será um corolário do preenchimento dessas condições.

Nesse contexto, as decisões judiciais também se mostram vinculadas à disposição do Artigo 4, item 1, alínea “e” da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que impõe ao Estado o compromisso de “assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência” e, assim, tomarem as medidas “apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada”.

As próprias disposições da legislação processual autorizam a busca por um resultado prático equivalente, o que se extrai da leitura dos artigos 287 e 461 e §§ do CPC. A partir da análise do caso concreto, no sentido da presente abordagem, a necessidade de uma política de inclusão no ambiente de trabalho, poder-se-á adotar medida que alcance sua plena efetividade¹²

Para além de multas e absolvições, decisões em sede de tutela coletiva deveriam apontar para a transformação dos espaços de trabalho, tornando-os acessíveis às pessoas com deficiência, ou seja, com a retirada das suas próprias deficiências. Significa optar por uma técnica processual que atue na efetividade da tutela dos direitos fundamentais, observando o instrumentalismo substancial do processo¹³. Acima de tudo, exige-se do julgador uma nova forma de interpretar e aplicar o direito¹⁴

12 MARINONI, Luiz Guilherme. Ações inibitórias e de ressarcimento na forma específica do “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” (Art. 7º). In: MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 786.

13 MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 12.

14 WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26.

Nesse sentido, podem ser observados como parâmetros as definições contidas no Artigo 2 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: comunicação, língua, não discriminação, adaptação razoável e desenho universal.

CONCLUSÃO

Os principais aspectos que se sobressaem do presente texto estão especialmente relacionados ao novo reconhecimento do que vem a ser pessoa com deficiência, elevado à condição de norma constitucional, de modo a ampliar o horizonte de compreensão do tema. Quando se questiona, a partir dessa visão, o acesso ao trabalho e, por consequência, o exercício do direito fundamental ao trabalho, a realidade demonstra que a exclusão permanece. Destaca-se nesse sentido a obrigação legal imposta às empresas, no sentido de atendimento de determinada cota de empregados com deficiência.

No caso das respostas dadas pela Justiça do Trabalho, quando levada a manifestar-se sobre o tema, a abordagem analisou dois tipos de decisões, antagônicas e que são apontadas como *standards* jurisprudenciais. De um lado, a imposição de multas ou indenizações por danos coletivos. De outro, o reconhecimento das dificuldades na contratação e a absolvição.

O que se procurou demonstrar é que os dois modelos abordam a questão apenas de modo periférico, pois não discutem o problema de fundo. Por não estar isento de pronunciar-se e como face do Estado, o Judiciário Trabalhista, por intermédio da tutela processual adequada, deve concorrer para efetiva concretização do direito fundamental ao trabalho da pessoa com deficiência.

Finalmente, no caso dos empregadores, o princípio que deve nortear suas ações é o da solidariedade, aquela trazida pelo constituinte (art. 3º, I) e identificada com a ideia de igual dignidade social. O objetivo é a garantia de “uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”. O princípio constitucional da solidariedade inaugura a primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial¹⁵.

15 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 243-245.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007

IBGE. Censo Demográfico 2010: **Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. Rio de Janeiro: 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações inibitórias e de ressarcimento na forma específica do “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” (Art. 7º). In: MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

A INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA NORMATIVA NACIONAL E O SEU CONTEÚDO EM ÂMBITO TRABALHISTA

Camila Sayuri Yoshida¹

1. INTRODUÇÃO

Tratamento com respeito. É essa a constante busca não só das pessoas com deficiência, mas de todos os grupos vulneráveis e de todas as minorias.

É histórica a discriminação realizada contra pessoas que apresentam algum desvio “do padrão”, seja físico ou psíquico. Rosanne de Oliveira MARANHÃO observa que diversos relatos históricos demonstram que alguns povos adotaram atitudes de aceitação, apoio ou assimilação, enquanto outros adotaram atitude de abandono, segregação ou destruição². Segundo a autora, a previsão de direitos e garantias fundamentais só apareceu com as Constituições escritas dos Estados Unidos (1787) e da França (1791), que consagraram a igualdade como base do princípio em que repousa o respeito à dignidade da pessoa humana³.

Flávia PIOVESAN explica que a história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência compreende quatro fases. A primeira seria a da intolerância, em que deficiência significava impureza, pecado ou castigo divino;

1 Camila Sayuri Yoshida, bacharela em Direito (UFPR, Curitiba, 2013), assessora jurídica no Ministério Público do Trabalho – PRT da 9ª Região.

2 MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. *O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 22.

3 MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. *O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 28.

a segunda era marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; a terceira era guiada pelo assistencialismo; a quarta, finalmente, é orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social e a ideia de que há barreiras culturais, físicas ou sociais que impedem o pleno exercício dos direitos desse grupo de pessoas⁴.

Em 2010, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE realizou profunda investigação para verificar as características do referido grupo no Brasil. Dentre outras informações, foi constatado que as desigualdades, já percebidas em censos anteriores, permanecem. As pessoas com algum tipo de deficiência têm taxas de escolarização, de ocupação e de rendimento menores que a população sem nenhuma das deficiências investigadas⁵.

Flávia PIOVESAN analisa as origens e consequências desse quadro⁶, e conclui que pobreza e deficiência são termos interrelacionados. As pessoas mais pobres, por não terem acesso à alimentação adequada, por não terem adequado pré-natal, por terem baixo grau de imunidade, entre outros fatores, têm uma chance significativa de adquirir alguma deficiência, seja já no início ou ao longo da vida. Por

4 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223-224.

5 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_imprensa.php?id_noticia=2170>. Acesso em 28/09/2012. Importante observar que os dados obtidos na investigação feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, consideram para o cálculo pessoas com pelo menos uma das deficiências investigadas, que não conseguem de modo algum, com grande dificuldade ou com alguma dificuldade. Assim, infere-se que o critério para definir se a pessoa tem ou não deficiência é amplo, o que não corresponde à definição de pessoa com deficiência trazida pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, conforme se verá melhor na sequência do trabalho.

6 Flávia PIOVESAN pautou sua análise nos dados fornecidos no livro *From Exclusion to Equality: Realizing the Rights of Persons with Disabilities, Handbook for Parliamentarians*, n. 14, UN, OHCHR, Genebra, 2007, p. 13. Segundo a autora, a respeito das pessoas com deficiência, “Na América Latina e no Caribe, estima-se que sejam ao menos 50 milhões de pessoas, 82% das quais vivendo na pobreza.” Ainda: “As pessoas com deficiência constituem a maior minoria do mundo. Estima-se que 20% das pessoas mais pobres do mundo têm deficiência; 98% das crianças com deficiência nos países em desenvolvimento não têm acesso à escola; 30% das crianças de rua vivem com deficiências; e o grau de alfabetização para adultos com deficiência é tão reduzido quanto 3% - e, em alguns países, inferior a 1% para mulheres com deficiência.” No entanto, sem desperdiçar as ideias por ela trazidas mas almejando dados mais próximos da realidade brasileira, buscou-se, no presente trabalho, os dados fornecidos pelo IBGE.

outro lado, a pessoa com deficiência sofre discriminação, tanto no convívio social quanto na inserção na escola e no mercado de trabalho, motivos pelos quais permanece em situação mais propensa a viver na pobreza⁷.

Assim, tem-se que a discriminação sofrida pelas pessoas com deficiência suscitou a intervenção estatal para que não fossem deixadas à margem da sociedade. Desta maneira, no Brasil, a Constituição Federal e os demais instrumentos jurídicos infraconstitucionais aparecem para assegurar os direitos desse grupo de pessoas, mas como bem ressalta Luis Alberto David ARAUJO, essa proteção constitucional é assunto recente, tendo sido incluída apenas em alguns diplomas promulgados nas últimas décadas⁸.

Nesse ponto, importante lembrarmos com José Joaquim Gomes CANOTILHO a importância de direitos fundamentais dos indivíduos estarem consagrados numa lei fundamental, numa constituição. A conclusão a que se chega é a “da presença de um direito de inequívoca *centralidade política* – o *direito constitucional*” cujas normas nele contidas são dotadas de particular importância “quanto à organização do poder político, quanto à definição das regras do jogo político e da política e quanto à garantia dos direitos e liberdades fundamentais”⁹.

Contudo, além do direito pátrio, documentos e normas internacionais são de extrema importância na defesa e na garantia dos direitos das pessoas com deficiência. Dentre os vários acordos internacionais, sob diversas denominações tais quais Convenções, Declarações, Recomendações, Resoluções, Normas, Pactos, Protocolos, Convênios, Tratados e Cartas, a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência tem destaque no presente estudo. O motivo é que, além de recente, é de extrema relevância. Foi aprovada por meio do Decreto Legislativo número 186, de 09 de julho de 2008, segundo o rito estabelecido no §3º do art. 5º, da Constituição Federal, adquirindo, portanto, equivalência de Emenda Constitu-

7 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223.

8 ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 4º ed.rev.ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2011 - 122 p. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/corde/protecao_const1.asp>. Acesso em 22/08/2012.

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 28 (grifos originais)

cional¹⁰. Ademais, é instrumento que alterou a percepção da deficiência, reconhecendo que todas as pessoas devem ter a oportunidade de alcançar de forma plena o seu potencial¹¹.

Todavia, com a finalidade de delimitação do tema, no presente artigo o estudo da supracitada Convenção será restrito ao direito do trabalho, sendo que primeiramente será exposta a forma que foi recepcionada, em segundo lugar tratar-se-á do conteúdo da Convenção em matéria de trabalho e, por fim, será mostrada breve análise do Relatório apresentado pela República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção, incluindo os dados obtidos em uma consulta pública realizada com pessoas com deficiência e com entidades com as quais estão relacionadas, para saber suas opiniões acerca da legislação e do seu cumprimento. Ressalte-se que a importância do referido relatório reside no fato de revelar como o Brasil expõe para a sociedade a efetivação da Convenção no período de 2008 a 2010.

2. RECEPÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COM VALOR DE EMENDA CONSTITUCIONAL

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, consoante indicam Vandir da Silva FERREIA e Lilia Novais de OLIVEIRA, foi elaborada ao longo de quatro anos, e contou com a participação de 192 países membros da ONU e de centenas de representantes da sociedade civil de todo o mundo. Em 13 de dezembro de 2006, em sessão solene da ONU, foi aprovado o texto final deste tratado internacional, o qual foi firmado pelo Brasil e por mais 85 nações em 30 de março de 2007¹².

Mas para que a Convenção passasse a vigorar internamente, era necessário que o texto fosse submetido ao processo de ratificação.

10 BRASIL. *Decreto Legislativo n. 186, 09 de julho de 2008*. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/99423>>. Acesso em: 22/08/2012.

11 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225.

12 FERREIA, Vandir da Silva; OLIVEIRA, Lilia Novais de. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Publicado na Revista Reviva, Ano 4 – 2007, PRODIDE.

A sistemática concernente ao exercício do poder de celebrar tratados é deixada a critério de cada Estado¹³. Via de regra, os tratados iniciam-se com os atos de negociação, conclusão e assinatura¹⁴, que são de competência do órgão do Poder Executivo. Após, é apreciado e aprovado pelo Poder Legislativo e retorna para ratificação pelo Poder Executivo. É com a ratificação que se tem a confirmação formal de que o Estado está obrigado pelo tratado internacionalmente. Como etapa final, o instrumento de ratificação deve ser depositado em um órgão que assumirá a sua custódia¹⁵¹⁶.

Com relação à previsão brasileira, o artigo 84, VIII da Constituição da República define que celebrar tratados, convenções e atos internacionais é de competência privativa do Presidente da República, com sujeição à referendo do Congresso Nacional, enquanto que o artigo 49, I determina ser de competência exclusiva do Congresso Nacional a solução definitiva a respeito desses instrumentos. Dessa forma, percebe-se que para o aperfeiçoamento dos tratados internacionais

-
- 13 Segundo George SARMENTO, “Os tratados de direitos humanos são atos jurídicos na medida em que expressam a vontade de sujeitos de direito internacional. O processo legislativo para a edição de tratados na ordem supra-estatal está previsto em dois documentos: a Convenção de Havana (1928) e as Convenções de Viena (1969 e 1986). Ainda em vigor, a Convenção de Havana tem o mérito de ter sido o primeiro instrumento normativo destinado à confecção de tratados internacionais. Mas foram as Convenções de Viena que deram uma nova dimensão à matéria na medida em que disciplinaram minuciosamente as fases de elaboração dos tratados. In: SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. In: **Revista do Mestrado em Direito**, v.01, p.19-20, 2005. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>>. Acesso em 05/11/2012.
 - 14 A assinatura, segundo Flávia PIOVESAN, indica mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes.
 - 15 Exemplificando, com Flávia PIOVESAN, se se tratar de um tratado das Nações Unidas o instrumento de ratificação deverá ser depositado na ONU; se se tratar de tratado de âmbito regional interamericano deverá ser depositado na OEA.
 - 16 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46-48.

é forçoso um ato complexo¹⁷ no qual se integram a vontade do Executivo e do Legislativo¹⁸.

Assim, no caso brasileiro, o Congresso Nacional aprovou por meio do decreto legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo¹⁹, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Considerando que o Governo do Brasil depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008, em 25 de agosto de 2009 foi decretada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (decreto 6949/2009)²⁰.

O §3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988²¹, acrescido pela emenda constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, confere novo valor aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, equivalendo-os às emendas constitucionais quando aprovados pelo rito de proposta a emenda constitucional em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos

17 O ato complexo corresponde à aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, por meio de um decreto legislativo, e a ratificação pelo Presidente da República, seguida da troca ou depósito do instrumento de ratificação, segundo Flávia PIOVESAN. A autora elucida, citando Louis Henken, que essa sistemática corresponde a de “*checks and balances*”, pois Legislativo e Executivo devem trabalhar em conjunto na celebração de tratados, o que previne o abuso desse poder. Cf. Louis Henkin, *Constitutionalism, democracy and foreign affairs*, p. 59.

18 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48-49.

19 Segundo Vandir da Silva FERREIRA e Lilia Novais de OLIVEIRA, o protocolo facultativo possibilita que pessoas ou entidades encaminhem ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência denúncias de indivíduos que se sentem vitimados ou ameaçados de violação das disposições da Convenção pelo Estado Parte onde residem.

20 BRASIL. *Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 02/10/2012.

21 “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:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)”

dos seus respectivos membros (artigo 60, § 2º, CF), e a aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência seguiu esse rito²².

As emendas à Constituição constituem uma das espécies normativas previstas no artigo 59 da Constituição da República²³. No entanto, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções são hierarquicamente equivalentes, distinguindo-se apenas quanto a certos aspectos na elaboração e quanto ao campo de atuação de cada uma delas. Por outro lado, as emendas se distinguem dessas outras espécies por possuírem mesma natureza e força hierárquica das normas constitucionais, de acordo com Celso Ribeiro BASTOS²⁴.

A esse respeito, o mesmo autor esclarece que, por serem produto do Congresso Nacional e não do Poder Constituinte, as emendas sofrem limitações de natureza substancial, formal e temporal, previstas na Constituição.

O limite substancial está elencado no artigo 60, §4º, I a IV, pois proíbe que seja objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

O limite formal é encontrado no artigo 60, I e §2º, e pode ser quanto à iniciativa ou quanto à deliberação. No primeiro caso, se a proposta for apresentada por parlamentar, deve ter a assinatura de um terço dos membros da Câmara ou um terço dos membros do Senado. Se for por Assembleias Legislativas, deverá ter apoio de mais da metade das unidades da Federação, expressa por maioria relativa de seus membros. No segundo caso, deve-se observar a discussão e votação da proposta em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, condicionada a aprovação à obtenção, em ambas as votações, de três quintos dos votos dos membros da Câmara e três quintos dos votos dos membros do Senado.

22 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”

23 “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:
I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.
Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

24 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed.atual. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 367.

O último limite seria o temporal, previsto no artigo 60, §1º. A Constituição não pode ser emendada na vigência de estado de sítio ou estado de defesa e intervenção federal; caso haja proposta de emenda já em trâmite, o seu andamento é suspenso, até que se volte à normalidade.

Retomando a ideia de que as emendas possuem mesma natureza e força hierárquica das normas constitucionais, deve-se investigar quais as suas características distintivas das outras espécies normativas.

Sobre esse ponto, Luis Roberto BARROSO relata que as normas constitucionais e, conseqüentemente, as emendas constitucionais, possuem elementos e fatores que dão a elas singularidades, dentre os quais destacam-se: a sua posição no sistema, a natureza da linguagem que utilizam, seu conteúdo específico e sua dimensão política.²⁵

Com relação à posição no sistema, o jurista afirma que as normas constitucionais possuem supremacia constitucional, postulado sobre o qual o constitucionalismo contemporâneo é fundado. A supremacia significa que quaisquer normas infraconstitucionais devem ser compatíveis com os princípios e regras da Constituição, sob pena de não poderem subsistir validamente²⁶.

No que tange à natureza da linguagem, ela seria aberta, por serem utilizadas no texto constitucional cláusulas gerais. Elas permitem a atualização de sentido da Constituição, pois deixa para o intérprete parte da criação do Direito, à luz dos elementos do caso concreto²⁷.

A respeito do conteúdo, o autor lembra que as normas que definem direitos fundamentais fazem isso em diferentes graus, demandando ponderações e sutilezas quando da sua aplicação²⁸. Por fim, sobre a dimensão política, o supracitado doutrinador rememora que uma Constituição “faz a travessia entre o fato político

25 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.

26 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.

27 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.

28 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199.

e a ordem jurídica, entre o poder constituinte e o poder constituído”, de forma que há uma intercomunicação entre esses elementos²⁹.

Além disso, importante recordar para o presente estudo que as normas constitucionais têm *status* de norma jurídica³⁰, tendo, portanto, a imperatividade como atributo. Luis Roberto BARROSO adverte que “as ordens constitucionais devem ser cumpridas em todas a extensão possível”, e que a não aplicação da norma só ocorrerá por impossibilidade fática ou jurídica, quando se fala em reserva do possível, princípios orçamentários, separação de Poderes, dentre outros³¹.

O autor ainda ressalta a importância de se analisar o plano da efetividade ou da eficácia social da norma, que significa “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”, que representa a materialização dos preceitos legais e que simboliza “a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”³².

Flávia PIOVESAN adverte que considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, “à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais”³³.

José Joaquim Gomes CANOTILHO doutrina que o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, também chamado por ele de princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado como um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, invocado sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais. Para o autor, esse princípio significa que à norma constitucional “deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”³⁴.

29 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199.

30 Luiz Roberto BARROSO observa que ao longo do século XX houve mudanças de paradigmas, dentre as quais, a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica, superando-se o modelo em que a Constituição era documento meramente político e não jurídico.

31 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 218-219.

32 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219.

33 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

34 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 1187.

Ingo Wolfgang SARLET também confere ao tema da eficácia das normas constitucionais lugar de destaque, e ressalta que isso deve ocorrer mesmo após a inovação trazida pelo artigo 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental³⁵. O autor leciona que, em que pesem as distinções entre as concepções apresentadas por Meirelles TEIXEIRA, José Afonso da SILVA, Celso BASTOS e Carlos A. BRITTO e Maria Helena DINIZ, verifica-se que elas não chegam a ser incompatíveis entre si. Elas apresentam, para além disso, dois grupos de normas: aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional, e aquelas que, desde logo, por apresentarem suficiente normatividade, estão aptas a gerar seus efeitos, dispensando regulamentação por legislador³⁶.

Conforme dispõe o artigo 5º, §1º, da nossa Constituição, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na doutrina pátria, porém, não há consenso no que concerne ao significado e ao alcance do preceito em exame. Ingo Wolfgang SARLET sustenta a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (artigos 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e dos tratados internacionais³⁷.

O autor ensina que mesmo nos casos em que existam normas que reclamem uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador, não se nega a eficácia e aplicabilidade (inclusive imediata) a estas normas.

Convence-se, nesse sentido, de que a melhor exegese da norma contida no artigo 5º, §1º é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocadamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (no sentido de Robert ALEXANDER), ou seja, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais³⁸. Nas palavras do autor:

35 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed.rev.atual.e ampli.; 3.tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 242.

36 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed.rev.atual.e ampli.; 3.tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 250-251.

37 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed.rev.atual.e ampli.; 3.tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 261-263.

38 Ingo SARLET indica que esse entendimento é sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes CANOTILHO e compartilhado, no Brasil, por Flávia PIOVESAN.

Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se – na esteira de García de Enterría – que o artigo 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora.³⁹

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, portanto, por ter sido recepcionada com valor de emenda constitucional, possui todas essas características elencadas acima, o que a diferencia de todos os outros tratados internacionais adotados pelo Brasil sobre o tema. Tendo valor de norma constitucional, além de ter assumido internacionalmente o compromisso de efetivar os preceitos nela estabelecidos, o Brasil deve conferir aplicação imediata à Convenção e assegurar a sua máxima eficácia, seja por meio de previsão de legislação infraconstitucional adequada, seja por interpretação judicial dos instrumentos legislativos que são dispostos.

Conforme explicam Vandir da Silva FERREIA e Lilia Novais de OLIVEIRA, ao aderir à Convenção, os países signatários comprometem-se a respeitar as pessoas com deficiência não mais em razão somente da legislação interna, mas de uma exigência universal de solidariedade. Caso o Estado signatário não tenha postura no sentido de efetivar os direitos das pessoas com deficiência de acordo com o previsto na Convenção, o Comitê tem a prerrogativa de adotar posturas críticas com relação a esse Estado, o que significa grande avanço na tutela desses direitos⁴⁰.

George SARMENTO, contudo, lembra da chamada “crise de efetividade dos direitos fundamentais”. Para que sejam efetivados, é necessário que se opere mudanças nas estruturas de poder, o que é difícil acontecer. Assim expõe o autor:

No plano político, existem muitas metas a serem alcançadas, sobretudo o real comprometimento estatal de efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, mediante políticas públicas capazes

39 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed.rev.atual.e ampli.; 3.tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 271.

40 FERREIA, Vandir da Silva; OLIVEIRA, Lilia Novais de. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Publicado na Revista Reviva, Ano 4 – 2007, PRODIDE.

de combater a fome, a miséria, o analfabetismo, a violência, o desemprego e a injustiça social que afetam os segmentos mais pobres da população mundial. A crise de efetividade dos direitos fundamentais é um dos maiores problemas da democracia brasileira. Sua solução depende da vontade política dos governantes em romper com os velhos paradigmas que aprofundam a desigualdade social e negam a dignidade humana. É preciso destruir as carcomidas estruturas de poder que impedem o equilíbrio entre a liberdade, igualdade e solidariedade na vida nacional. Infelizmente estamos muito longe desse ideal de evolução civilizatória. O *quantum despótico* ainda é elevado, necrosa as relações sociais e impede o desenvolvimento sustentável. O crescimento da civilidade depende da diminuição dos índices de violência, corrupção, desigualdade social, intolerância racial e religiosa, impunidade e exploração da mão-de-obra trabalhadora. Assim como os países em desenvolvimento, o Brasil tem de combater males como a improbidade administrativa, a falta de alimentos, o desrespeito ao meio ambiente, a tortura, os assassinatos no campo, a subnutrição, o abandono dos meninos de rua, o êxodo rural e tantos outros problemas que impedem a fruição dos direitos humanos⁴¹.

Em seu artigo 4º a Convenção arrola com quais obrigações gerais os Estados signatários comprometem-se, o que será abordado no tópico seguinte. Deve-se observar nesse tocante que, no caso do Brasil, o comprometimento é imposto não só pelo tratado, mas também pelo valor de norma constitucional atribuído à Convenção quando da sua recepção.

3. CONTEÚDO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM MATÉRIA DE TRABALHO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi adotada pela ONU em 13 de dezembro de 2006, nos termos da Resolução da Assembleia Geral

41 SARMENTO, George. *Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais*, p. 19-20. In: **Revista do Mestrado em Direito**, v.01, p.15 - 90, 2005. Disponível em: <<http://www.georgesarmen to.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-di reitos-fundamentais2.pdf>>. Acesso em 05/11/2012.

n. 61/106. Segundo Flávia PIOVESAN, entrou em vigor em 03 de maio de 2008, quando do depósito do vigésimo instrumento de ratificação, em conformidade com o artigo 45 do texto⁴². Foi o tratado de direitos humanos mais rapidamente negociado e o primeiro do século XXI⁴³.

De acordo com a autora supra, é um tratado inovador em muitos aspectos, dentre eles: a) altera a percepção da deficiência, reconhecendo que todas as pessoas devem ter a oportunidade de alcançar de forma plena o seu potencial; b) define deficiência como algo não intrínseco à pessoa, mas decorrente da inadequação do meio ambiente econômico e social por ter barreiras e restrições que impedem a plena e efetiva participação de todos na sociedade em igualdade com os demais e; c) conceitua a discriminação como algo que envolve toda distinção, exclusão ou restrição baseadas na deficiência, que tenha por efeito ou objetivo impedir ou obstar o exercício pleno de direitos, e alerta que as pessoas com deficiência ainda podem ser vítimas de múltiplas e agravadas formas de discriminação, com base na raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, etnia, origem social, entre outras⁴⁴.

Mas, para além dessas contribuições, o propósito maior da Convenção, ainda segundo Flávia PIOVESAN:

(...) é promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, demandando dos Estados Partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para a implementação dos direitos nela previstos. Introduce a Convenção o conceito de “*reasonable accommodation*”, apontando ao dever do Estado de adotar ajustes, adaptações, ou modificações razoáveis e apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o exercício dos direitos humanos em igualdade de condições com as demais. Violar

42 “Artigo 45 - Entrada em vigor. 1.A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão. 2.Para cada Estado ou organização de integração regional que ratificar ou formalmente confirmar a presente Convenção ou a ela aderir após o depósito do referido vigésimo instrumento, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que esse Estado ou organização tenha depositado seu instrumento de ratificação, confirmação formal ou adesão.”

43 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 224.

44 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 224-225.

o “*reasonable accomodation*” é uma forma de discriminação nas esferas pública e privada.

Percebe-se, portanto, que a Convenção além de estipular quais são os direitos das pessoas com deficiência que merecem tutela especial, prevê medidas para que elas, de fato, sejam implementadas. Medidas legislativas, administrativas, judiciais e políticas devem ser adotadas para que o chamado “*reasonable accomodation*” seja respeitado.

No decreto 6469/2009 o “*reasonable accomodation*” é tratado como “*adaptação razoável*”, e conforme o artigo segundo, “*significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido*” com a finalidade de garantir o gozo ou exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais às pessoas com deficiência.

Conforme elucida Ricardo Tadeu Marques da FONSECA, a pretensão da Convenção foi a de abandonar por definitivo “o tom piegas e assistencialista” então dominante, “cuja consequência direta resultava em ausência de políticas públicas ou, na melhor das hipóteses, em políticas meramente assistencialistas”⁴⁵.

A Convenção aborda diversos assuntos nos seus cinquenta artigos, a saber: igualdade e não discriminação, mulheres com deficiência, crianças com deficiência, conscientização, acessibilidade, direito à vida, situações de risco e emergências humanitárias, reconhecimento igual perante a lei, acesso à justiça, liberdade e segurança da pessoa, prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, prevenção contra a exploração, a violência e o abuso, proteção da integridade da pessoa, liberdade de movimentação e nacionalidade, vida independente e inclusão na comunidade, mobilidade pessoal, liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação, respeito à privacidade, respeito pelo lar e pela família, educação, saúde, habilitação e reabilitação, trabalho e emprego, padrão de vida e proteção social adequados, participação na vida política e pública e participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte.

O restante dos artigos não trata de nenhum direito em específico, mas prevêem os procedimentos a serem adotados para que tais direitos sejam implementa-

45 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem*. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauber Salomão. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-31.

dos, tais quais a coleta de dados, a organização de comitês, a cooperação internacional, os relatórios, a entrada em vigor, dentre outros.

O seu artigo 4º prevê as medidas que devem ser tomadas pelos Estados para que cumpram com o propósito da Convenção, qual seja, o de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”⁴⁶.

Eis o teor do artigo:

Artigo 4

Obrigações gerais

1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

- a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;
- b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência;
- c) Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência;
- d) Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção;
- e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada;
- f) Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços, equipamentos e instalações com desenho universal, conforme definidos no Artigo 2 da presente Convenção, que exijam o

46 O propósito da Convenção consta em seu artigo primeiro.

mínimo possível de adaptação e cujo custo seja o mínimo possível, destinados a atender às necessidades específicas de pessoas com deficiência, a promover sua disponibilidade e seu uso e a promover o desenho universal quando da elaboração de normas e diretrizes;

g) Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento, bem como a disponibilidade e o emprego de novas tecnologias, inclusive as tecnologias da informação e comunicação, ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, adequados a pessoas com deficiência, dando prioridade a tecnologias de custo acessível;

h) Propiciar informação acessível para as pessoas com deficiência a respeito de ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, incluindo novas tecnologias bem como outras formas de assistência, serviços de apoio e instalações;

i) Promover a capacitação em relação aos direitos reconhecidos pela presente Convenção dos profissionais e equipes que trabalham com pessoas com deficiência, de forma a melhorar a prestação de assistência e serviços garantidos por esses direitos.

2. Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, cada Estado Parte se compromete a tomar medidas, tanto quanto permitirem os recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional, a fim de assegurar progressivamente o pleno exercício desses direitos, sem prejuízo das obrigações contidas na presente Convenção que forem imediatamente aplicáveis de acordo com o direito internacional.

3. Na elaboração e implementação de legislação e políticas para aplicar a presente Convenção e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com deficiência, os Estados Partes realizarão consultas estreitas e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas.

4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos

humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

5.As disposições da presente Convenção se aplicam, sem limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos. (Grifo nosso).

Sinteticamente, extrai-se do artigo 4º que os Estados Partes se comprometem em todas as esferas a assegurar e promover o pleno exercício dos direitos das pessoas com deficiência, seja na esfera legislativa, executiva, judiciária ou política, eliminando qualquer forma de discriminação com base na deficiência.

Com relação ao tema do trabalho e emprego, previsto no artigo 27, ele é de destacada importância eis que o trabalho é verdadeiro instrumento de inserção das pessoas na sociedade. A Declaração de Madrid⁴⁷, inclusive, reconhece o emprego como instrumento de promoção da dignidade e via independente da pessoa com deficiência⁴⁸.

Essa concepção foi se consolidando em razão, sobretudo, das novas demandas por mão-de-obra colocadas pela Revolução Industrial, consoante lição de Aldacy Rachid COUTINHO. Para a autora, “foi necessário afirmar que toda riqueza (e propriedade) derivava do trabalho e era dimensionada a partir da disposição e estímulo de cada um em trabalhar cada vez mais”, para que assim houvesse a legitimação do capital. Assim, “nesse imaginário social, o trabalhador pode ser

47 A Declaração de Madrid foi aprovada em Madri, Espanha, em 23 de março de 2002, no Congresso Europeu de Pessoas com Deficiência, comemorando a proclamação de 2003 como o Ano Europeu das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <<http://www.faders.rs.gov.br/portal/index.php?id=legislacao&cat=6&cod=33>>. Acesso em: 02/11/2012.

48 “7. O EMPREGO COMO FATOR-CHAVE PARA A INCLUSÃO SOCIAL - Esforços especiais precisam ser feitos para promover o acesso de pessoas com deficiência ao emprego, preferivelmente no mercado competitivo de trabalho. Esta é uma das importantes formas de se combater a exclusão social de pessoas com deficiência e promover sua dignidade e vida independente. Isto requer uma ativa mobilização não apenas de defensores da inclusão social, mas também das autoridades públicas, que precisam continuar a fortalecer as medidas adequadas já em vigor.”

um vencedor ou um perdedor, segundo a capacidade/ habilidade que tenha na utilização da sua força de trabalho”⁴⁹.

Thereza Cristina GOSDAL trata do tema e também doutrina que foi instaurada uma ideia de que o trabalho é instrumento dignificador do ser humano, “especialmente em razão do desenvolvimento do capitalismo e da Reforma Protestante que se efetiva a partir do final do século XV na Europa”⁵⁰. Antes desse momento, o trabalho era considerado como atividade de pouco valor e degradante, mas foi necessário inculcar o sentimento contrário, o de ser um valor ético central da sociedade. Se assim não fosse, não se conseguiria legitimar o sistema burguês, pautado na apropriação privada e na acumulação.

A autora lembra, ainda, que com o protestantismo deixou-se de condenar a vinculação a bens materiais ou a usura, sendo considerados verdadeiros sinais de aprovação e benção divina, em razão do dever de trabalhar para a glória divina e para o reino de Deus na Terra. Nessa toada:

o trabalho se transformou em mercadoria sob o capitalismo e passou a ser reificado, detendo uma essência de coisa que existe em si mesma, assumindo um papel simbólico de consagração do homem. Passou a ser compreendido como único meio de vida e meio de liberdade.⁵¹.

Aldacy Rachid COUTINHO constata, a respeito desse assunto, que a não inserção de uma pessoa no mercado de trabalho é, inclusive, motivo de vergonha para ela. Critica, todavia, que o motivo da vergonha seja a não inserção, pois o que deveria ser vergonhoso é a ausência de efetividade dos direitos dos trabalhadores. Em suas palavras:

49 COUTINHO, Aldacy Rachid. *Efetividade do direito do trabalho - uma mirada no “homem sem gravidade”*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.45, n.75, p.93-105, jan./jun.2007.

50 GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. 182 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006, p. 54.

51 GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. 182 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006, p. 56.

De longe, por enquanto, espreitam os excluídos e os não incluíveis. Os que têm vergonha de ser pobre, de ser desempregado. A assunção da culpa de não atender às expectativas do capital, de produtividade, às metas e resultados, à qualidade, de não poder consumir, não ser trabalhador, gera no indivíduo depressão, ansiedade e uma sensação de vergonha. Não a vergonha positiva que se sente quando, ao praticar um ato indevido, reprimível, e que ao invés de nos excluir da convivência social, como pondera Contardo Calligaris, resgata a nossa dignidade com a possibilidade de mudar através de novas ações. Trata-se da “vergonha” de quem somos ou não somos por não sermos incluídos e incluíveis, de sermos pobres e desempregados, o que nos afasta da coletividade. Não tem gerado vergonha a inobservância da regra do jogo, a manipulação das regras em proveito próprio, o descumprimento da legislação, o pagamento de valores salariais irrisórios e insuficientes à manutenção do mínimo existencial, enfim, a construção de uma sociedade massificada de consumo em que muitos são rejeitados. Essas, sim, deveriam ser “a vergonha radical e excludente”⁵².

É fato notório que os direitos dos trabalhadores, via de regra, não são respeitados. E isso é agravado no caso das pessoas com deficiência, que historicamente sofrem discriminação em razão de suas peculiaridades. É essa a razão da preocupação, inclusive internacional, para que o quadro não seja mais esse e para que seja feita não só a inserção, mas também a manutenção das pessoas com deficiência no emprego.

Assim, garantir às pessoas com deficiência o acesso ao emprego, seja pelo respeito à igualdade de oportunidades e de tratamento, seja por ações afirmativas, é verdadeira forma de dignificação do ser humano. Para que isso ocorra, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência se preocupou em estabelecer, em seu artigo 27, algumas medidas a serem adotadas pelos Estados Partes:

Artigo 27

Trabalho e emprego

1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais

52 COUTINHO, Aldacy Rachid. *Efetividade do direito do trabalho - uma mirada no “homem sem gravidade”*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.45, n.75, p.93-105, jan./jun.2007.

peçoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros:

- a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;
- b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho;
- c) Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas;
- d) Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado;
- e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego;
- f) Promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo, desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio;
- g) Empregar pessoas com deficiência no setor público;
- h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas;

- i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;
- j) Promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho;
- k) Promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

2.Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório. (Grifo nosso).

Em suma, tem-se que os Estados Partes devem adotar medidas no sentido de possibilitar que o ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência, de proibir a discriminação baseada na deficiência, de proteger os direitos das pessoas com deficiência, incluídos os direitos trabalhistas e sindicais, de instaurar programas de orientação técnica e profissional, de desenvolver serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado, de promover oportunidades de emprego tanto no setor público quanto no setor privado, de ascensão profissional, e de promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

4. ANÁLISE DO RELATÓRIO NACIONAL SOBRE O CUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DA CONVENÇÃO

O artigo 35 da Convenção determina que cada Estado Parte, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, submeta relatório a respeito das medidas adotadas em cumprimento das obrigações nela estabelecidas e sobre o progresso alcançado. O relatório deve ser enviado dentro do período de dois anos após a entrada em vigor da Convenção para o Estado Parte concernente. No caso do Brasil, portanto, o relatório deveria ser enviado até 26 de agosto de 2011⁵³.

53 O artigo 3º do decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009, que promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, prevê a sua entrada em vigor na data de sua publicação, que foi em 26 de agosto de 2009.

A própria Convenção prevê, em seu artigo 35, item 4, que os Estados Partes devem propiciar a participação da sociedade civil no relatório de monitoramento⁵⁴. Dessa forma, após divulgar amplamente o 1º Relatório nacional da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2008-2010)⁵⁵, foi aberta consulta pública para que houvesse contribuição das pessoas com deficiência e suas entidades. Assim, no período entre o dia 08 de abril e 07 de junho de 2011 contribuições e sugestões fundamentadas foram enviadas para a Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência da Presidência da República.

A consulta teve duas vertentes: além de ter sido disponibilizado para registro de manifestações e contribuições de toda sociedade brasileira, foi analisado pelos Conselhos de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência, nas esferas municipal, estadual e nacional⁵⁶. Conforme consta no sítio eletrônico da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH/PR / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNPD, o Brasil enviou em abril de 2012 o primeiro Relatório de Monitoramento ao Secretariado da Convenção⁵⁷.

O Relatório apresentado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, ainda sem a contribuição da sociedade civil, foi organizado em duas partes: a primeira trouxe um relatório geral sobre o cumprimento das disposições da Convenção, enquanto que a segunda trouxe um relatório específico, abordando cada um de seus artigos.

Em âmbito da Universidade Federal do Paraná, o Projeto de Extensão “Direito ao Trabalho dos Surdos e Pessoas com Deficiência”⁵⁸⁵⁹, teve interesse em anali-

54 “4.Os Estados Partes tornarão seus relatórios amplamente disponíveis ao público em seus países e facilitarão o acesso à possibilidade de sugestões e de recomendações gerais a respeito desses relatórios.”

55 Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/sedh/corde/relatorio.pdf>>. Acesso em 03/11/2012.

56 Disponível em <<http://www.inclusive.org.br/?p=19019>>. Acesso em 03/11/2012.

57 Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/noticias/brasil-apresenta-1-relatorio-de-monitoramento-da-convencao-sobre-os-direitos-da-pessoa-com->>. Acesso em: 03/11/2012.

58 CAMPINHO, Fábio de Almeida Rego; GORS DORF, Leandro Franklin (Coords.) *Projeto de Extensão Direito ao Trabalho dos Surdos e Pessoas com Deficiência*. Curitiba: UFPR – Faculdade de Direito, 2011.

59 Projeto coordenado pelos professores do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná Fábio de Almeida Rego Campinho e Leandro Franklin Gorsdorf. Contou com a participação dos alunos Camila Sayuri Yoshida, Albana Luna Balestra, Bruna Mayumi Tomita e Rubens Bordi-

sar o Relatório nacional sobre o cumprimento das disposições da Convenção. Foi Projeto estabelecido em parceria com a FENEIS (Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos) e com o NAPNE (Núcleo de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais), cujo objetivo principal era contribuir com a comunidade surda e com as pessoas com deficiência em geral por meio de estudos sobre o Direito ao Trabalho dessas pessoas.

Da análise do Relatório, percebeu-se, no tocante aos aspectos gerais apresentados, que foram apenas elencados instrumentos jurídicos, programas governamentais e sistemas de proteção social. Quase nada foi abordado a respeito da implementação e da efetividade, o que era de maior relevância para a constatação sobre o real cumprimento das obrigações assumidas quando da incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Assim, a abordagem geral do informe consistiu em descrever a existência dos planos, programas governamentais, e em raros casos apresentou dados concretos sobre o impacto no combate à desigualdade de acesso aos direitos, impossibilitando, assim, a análise sobre o alcance das mudanças. Concluiu-se, por conseguinte, pela inexistência ou precariedade de pesquisas que demonstrassem o cumprimento dos objetivos e metas almejadas pelos programas e planos adotados, por parte do Estado Brasileiro.

Em matéria de trabalho e emprego, conforme visto anteriormente, o Relatório apresentado pelo Governo do Brasil é relativamente extenso, comentando, sobretudo, a respeito de legislação, programas desenvolvidos, fiscalização, orientação do empresariado e dados relativos aos empregados com deficiência.

O que se nota é que a legislação que garante o acesso ao trabalho e ao emprego das pessoas com deficiência, seja proibindo qualquer discriminação, seja prevenindo a reserva de cargos e empregos públicos a essas pessoas, não é, de maneira alguma, insuficiente. A insuficiência reside no fato de que o aparato legal não vem sendo respeitado pela sociedade em geral, de forma que as necessidades das pessoas com deficiência continuam a ser negligenciadas.

Aspecto importante a ser apontado é que no relatório específico, em diversos momentos, há indicação de marcos legais de garantia de direitos, mas não é acom-

nhão. Todos os participantes colaboraram na análise do Relatório apresentado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República bem como contribuíram para a realização da Consulta Pública, sobre a qual se falará no tópico seguinte.

panhada da informação quanto à sua aplicação pelos Tribunais, ou quanto à sua aceitação e observância pela sociedade.

Ademais, em repetidas partes o relatório explica amplamente sobre determinado programa – a exemplo do “Economia Solidária”, mas não traz quaisquer dados relativos à sua influência concreta na realidade.

Outro ponto relevante é que o relatório reconhece falhas na concretização das previsões protetivas, mas sabe-se que até o momento não há forma de serem controladas. Cite-se, por exemplo, o caso de ter sido identificado que algumas empresas optam por contratar essencialmente deficientes físicos, tendo as pessoas com deficiência visual e múltipla menor índice de contratação. A fiscalização do trabalho orienta que essa prática discriminatória não seja adotada, mas não vai além disso. Não há qualquer mecanismo que impeça o empregador de escolher o trabalhador pelo tipo de deficiência que lhe trará menor custo para adaptação do local, menor esforço para adaptação em geral e menor queda no rendimento da empresa.

Deve-se lembrar, nesse ponto, que grande parte do empresariado busca apenas cumprir o número mínimo determinado pela lei 8.213/91 (Lei de Cotas) sem se importar com a verdadeira inclusão social das pessoas com deficiência.

Ainda, com relação à parte do relatório que indica que o Departamento Inter-sindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE realizou estudo com o objetivo de apresentar as cláusulas constantes de acordos e convenções coletivas de trabalho que asseguram garantias às pessoas com deficiência, houve omissão no tocante às conquistas obtidas pelas negociações coletivas. Segundo o relatório, foram analisados os instrumentos normativos registrados no Sistema de Acompanhamento de Contratações Coletivas - SACC-DIEESE, com finalidade de se elaborar um panorama da negociação sobre esse tema, mas nenhum dado foi trazido para que se pudesse ter comprovadas as conquistas.

Mas além do estudo feito sobre o Relatório, em 02 de junho de 2011, na Universidade Federal do Paraná, foi realizada uma audiência que contou com a participação de surdos e pessoas com deficiência, representantes de diversas entidades de defesa dos direitos dessas pessoas, estudantes, professores, profissionais que trabalham diretamente com elas, entre outros, com o objetivo de tecer considerações sobre o 1º Relatório Nacional do Brasil sobre o Cumprimento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Esta audiência pública foi organizada pelo supramencionado Projeto de Extensão “Direito ao Trabalho dos Surdos e Pessoas com Deficiência” da Universidade Federal do Paraná. A ideia era a de que esse Encontro iria possibilitar que

as instituições voltadas à pessoa com deficiência, de Curitiba/Paraná, pudessem analisar o cumprimento ou não cumprimento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Assim, teve-se a oportunidade de reunir informações e dados para a contribuição na Consulta Pública ao Relatório de Monitoramento à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, cujas informações foram sistematizadas e incorporadas ao documento que foi encaminhado para exame do Comitê de Monitoramento da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU⁶⁰.

No Encontro foram debatidos, preferencialmente, os artigos da Convenção que tratam da igualdade e não discriminação, da acessibilidade, do acesso à justiça e da educação, constantes nos artigos 5º, 9º, 13º e 24º, respectivamente.

Por ser o presente estudo delimitado ao tema do direito do trabalho, utilizar-se-á aqui a contribuição que se relaciona com essa temática, ou seja, a que foi feita a respeito dos artigos 5º e 13º da Convenção.

Em matéria de igualdade e não discriminação (artigo 5º), o que se verificou no Encontro realizado com as pessoas com deficiência é que na prática não há respeito a essa previsão. Em matéria de trabalho e emprego, os trabalhadores com deficiência alertam que são desiguados com relação ao valor do salário, em comparação a outros trabalhadores de mesma função, mesmo que a pessoa com deficiência tenha melhor capacitação.

Ademais, os participantes do Encontro alertaram que sofrem muita discriminação no ambiente laboral pelos colegas de trabalho, tanto em empresas privadas quanto em repartições públicas, ficando visível que faltam campanhas de conscientização para que não sejam praticados atos discriminatórios de qualquer natureza contra ninguém. No caso dos surdos, além da discriminação, há também

60 A consulta pública ao Relatório de Monitoramento à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência teve início no dia 8 de abril e se encerrou no dia 7 de junho de 2011. Contou com a participação da sociedade civil, em particular das pessoas com deficiência e das organizações representativas de seus interesses. As contribuições recebidas foram sistematizadas e incorporadas em um documento, que foi encaminhado para exame do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. As contribuições puderam ser encaminhadas, preferencialmente, por meio do formulário eletrônico disponível no endereço <<https://www.consultas.governoeletronico.gov.br>>. Sobre esse assunto, vide a Carta de Apresentação da Consulta Pública do secretário Humberto Lippo, documento em anexo e disponível no endereço <http://portal.mj.gov.br/sedh/corde/carta_consulta_publica.pdf>.

o problema da comunicação, vez que não há reciprocidade de línguas - são raras as pessoas que se comunicam em Libras (Língua Brasileira de Sinais).

No tocante à oferta de vagas dos concursos públicos, elucidaram que, na prática, a política afirmativa de cotas às pessoas com deficiência se demonstra ineficaz, já que as pessoas inscritas sob esta modalidade, apesar de aprovadas no concurso, raramente são nomeadas e convocadas a tomar posse dos cargos. Não há qualquer forma de garantia de que serão devidamente preenchidas as reservas de oferta de cargos e tampouco existem mecanismos que assegurem, ao longo do tempo, o respeito à continuidade da vaga destinada à pessoa com deficiência.

Com relação ao artigo 13º, que trata do Acesso à Justiça, o mais relevante apresentado no relatório é a menção às leis n. 10.048/2000 e n. 12.009/2009, que prevêem a prioridade no atendimento e na tramitação dos processos das pessoas com deficiência e a recomendação n. 27/2009, do Conselho Nacional de Justiça, que trata da eliminação das barreiras físicas nos Tribunais.

No Encontro realizado, as pessoas com deficiência esclareceram que, com relação aos processos, as diversas ações de pessoas com deficiência seguem procedimento normal, conseqüência, inclusive, de uma falta de divulgação de que essas pessoas têm prioridade. Alertaram ainda, com relação à recomendação n. 27/2009, que não perceberam que as barreiras deixaram de existir. Como exemplo disso, foi citado que o recentíssimo prédio inaugurado em Curitiba, Paraná, da Justiça Federal, tem auditório com palco inacessível para pessoas com deficiência.

5. CONCLUSÃO

Conforme o exposto, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência constitui peculiar instrumento de tutela dos direitos desse grupo de pessoas tendo em vista a sua recepção no ordenamento jurídico pátrio com valor de emenda constitucional, o que a faz equivaler às normas constitucionais.

Assim, antes de abordar especificamente o conteúdo da Convenção em matéria de trabalho, fez-se necessário tecer comentários acerca da sua recepção. Observou-se que a Constituição da República diferencia os tratados internacionais que versam ou não sobre direitos humanos, conferindo aos que versam o status de norma constitucional. Da leitura do § 3º do artigo 5º da Carta extrai-se que somente aqueles tratados de 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. Flávia PIOVESAN defende que mesmo os que não forem recepcionados desse modo têm hierarquia constitucional; a única diferença é que serão apenas materialmente constitucionais, enquanto que aqueles recepcionados com observância do quorum previsto no § 3º do artigo 5º da Carta serão material e formalmente constitucionais.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência destaca-se de todas as outras que versam sobre matéria semelhante justamente por ter obedecido ao quorum e ter, portanto, equivalência às emendas constitucionais. Assim sendo, os direitos nela previstos têm, dentre diversas outras peculiaridades outrora vistas, aplicabilidade imediata e supremacia sobre todas as outras previsões infraconstitucionais. O Brasil, ao recepcionar dessa maneira a Convenção, se comprometeu a harmonizar seu arcabouço legal e adequar suas políticas públicas, o que foi reconhecido, inclusive, no primeiro Relatório nacional da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção.

O tratado em comento foi inovador em muitos aspectos, dentre os quais se ressaltou, com Flávia PIOVESAN, que reconheceu que todas as pessoas devem ter a oportunidade de alcançar de forma plena o seu potencial, que definiu deficiência como algo decorrente da inadequação do meio ambiente físico, econômico e social, que conceituou a discriminação como qualquer ato ou omissão que tenha por efeito o prejuízo no exercício pleno de direitos, e que alertou que as pessoas com deficiência ainda podem ser vítimas de múltiplas e agravadas formas de discriminação⁶¹.

Tendo em vista que o artigo 35 da Convenção determina seja feito relatório por cada Estado Parte a respeito do seu cumprimento, o Brasil assim procedeu e o Relatório apresentado também foi objeto de estudo na presente monografia. Concluiu-se que tanto em sua parte geral quanto em sua parte específica o Relatório se restringiu a, via de regra, descrever a existência dos planos, programas governamentais, e em raros casos apresentou dados concretos sobre o impacto no combate à desigualdade e sobre a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência previstos tanto na Constituição Federal quanto na legislação pátria e nas Convenções recepcionadas.

61 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 224-225.

Para analisar referido relatório, foram expostos no presente trabalho as opiniões obtidas por meio de uma consulta pública realizada em âmbito da Universidade Federal do Paraná. Participaram dessa consulta interessados no tema da tutela dos direitos das pessoas com deficiência, tendo sido convocadas todas as associações e entidades de defesa dos direitos dessas pessoas. Constatou-se que atualmente há várias previsões para a tutela dos direitos das pessoas com deficiência, mas o embaraço maior está na implementação desses direitos.

Nesse sentido, consoante o alerta Ricardo Tadeu Marques da FONSECA, participante da solenidade de lançamento do “Plano Viver sem Limites”, no dia 17 de novembro de 2011, a própria Presidenta da República Dilma Rousseff declarou que a partir da ratificação da Convenção pelo Brasil o Governo Federal assumiu que a sociedade brasileira é deficiente, e não as pessoas, cabendo ao Poder Público a implantação de políticas públicas que removam as barreiras existentes na sociedade, sejam elas culturais, arquitetônicas, tecnológicas ou econômicas⁶².

Conclui-se, portanto, com o doutrinador supracitado, que a Convenção em comento forjou institutos hábeis a tornar, finalmente, concreta a fruição de direitos humanos básicos pelas pessoas com deficiência⁶³. Contudo, a despeito dessa evolução, é mister atentar pela pertinência e imprescindibilidade da existência de políticas públicas e ações afirmativas⁶⁴, combinadas com eficientes fiscalizações, realizadas, sobretudo, pelo Ministério do Trabalho e Emprego e pelo Ministério Público do Trabalho. Sem a imposição por meio das ações afirmativas não se alcançará o objetivo de inclusão social das pessoas com deficiência, mas tendo em vista a resistência que a sociedade ainda tem em incluir essas pessoas, não se pode

62 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem*. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauber Salomão. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-31.

63 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem*. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauber Salomão. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-31.

64 Segundo leciona Maria Aparecida GUGEL as chamadas ações afirmativas que consistem na adoção de medidas legais e de políticas públicas que objetivam eliminar as diversas formas e tipos de discriminação limitadores de oportunidades de determinados grupos sociais. In: GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta*. Goiânia: Ed. da UCG, 2006, p. 57.

dispensar seja aprimorada a fiscalização. O Relatório apresentado pelo Brasil poderia ter publicizado pesquisas e dados para que se pudesse aferir a evolução na concretização dos direitos, mas não o fez. De qualquer forma, a mera leitura dos dados apresentados nos induzem a uma conclusão não positiva, o que foi confirmado na consulta pública realizada.

Por fim, sobre essa realidade, esclareça-se, ainda com Ricardo Tadeu Marques da FONSECA, que a resistência empresarial em incluir as pessoas com deficiência no mercado de trabalho é pautada em dois argumentos inconsistentes, quais sejam, a falta de escolaridade e de capacitação para o trabalho e a baixa produtividade desses trabalhadores. Durante os nove anos em que atuou no Ministério Público do Trabalho, ele constatou que a adoção de medidas de treinamento das pessoas com deficiência por meio de convênios com os Serviços Nacionais de aprendizagem e com Organizações Não-Governamentais de formação profissional alcançou pleno êxito. As empresas que superaram as resistências no cumprimento da Lei de Cotas (Lei 8.213/91) foram unânimes em afirmar a alta produtividade dos trabalhadores com deficiência⁶⁵.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 4º ed.rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2011 - 122 p. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/corde/protecao_const1.asp>. Acesso em 22/08/2012.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed.atual. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 367.

BRASIL. *Decreto Legislativo n. 186, 09 de julho de 2008*. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/99423>>. Acesso em: 22/08/2012.

BRASIL. *Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 02/10/2012.

65 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem*. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauber Salomão. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-31.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 28 (grifos originais)

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Efetividade do direito do trabalho - uma mirada no "homem sem gravidade"*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.45, n.75, p.93-105, jan./jun.2007.

FERREIA, Vandir da Silva; OLIVEIRA, Lilia Novais de. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Publicado na Revista Reviva, Ano 4 – 2007, PRODIDE.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem*. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauber Salomão. Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-31.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. 182 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006, p. 54.

MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. *O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 22.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223-224.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed.rev.atual.e ampli.; 3.tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 242.

SARMENTO, George. *Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais*, p. 19-20. In: **Revista do Mestrado em Direito**, v.01, p.15 – 90, 2005. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>>. Acesso em 05/11/2012.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS NA HISTÓRIA BRASILEIRA. O PAPEL DA EC 72/2013

Camila Sailer Rafanhim de Borba¹

1. INTRODUÇÃO

O Brasil está entre os países com maior número de empregados domésticos do mundo². Aqui, uma em cada seis mulheres economicamente ativas, com contrato de trabalho formalizado, é empregada doméstica³. E muitos outros, ainda, trabalham na “informalidade”, estimando-se que as empregadas “com carteira assinada” sejam em média 30%⁴. Isto é apenas consequência de sermos aquilo que

1 Advogada, sócia do escritório Rafanhim, Souza e Rosa Advogados Associados, Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela Unibrasil (Faculdades Integradas do Brasil).

2 ILO (International Labour Organization): Domestic workers across the world. Jan. 2013. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_200962.pdf> Acesso: 10 ago 2013.

3 ILO (International Labour Organization): Trabajo decente para los trabajadores domésticos. Conferencia Internacional del Trabajo, 99 reunión, 2010. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2009/109B09_24_span.pdf> Acesso: 10 ago 2013.

4 BRASIL. Câmara dos Deputados. Previdência: mais de 70% dos domésticos não têm carteira assinada. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/204223-PREVIDENCIA-MAIS-DE-70-DOS-DOMESTICOS-NAO-TEM-CARTEIRA-ASSINADA.html>>. Acesso: 14 ago 2013.

Nirlando BEIRÃO chamou de o “país dos valets”⁵. Isto porque, explica ele, aqui, além do tradicional trabalho doméstico de limpar, lavar, passar e cozinhar, muitas outras mordomias estão sendo contratadas: paga-se para que alguém encontre vaga para estacionar (valet), leve os cachorros para passear, os bebês à praça, etc.

Este cenário pode ser visto como resultado de alguns fatores históricos, que explicam que, só em 2013, tenha sido aprovada no Brasil uma emenda à Constituição Federal para estender aos empregados domésticos direitos que já eram reconhecidos a todos os demais empregados.

Mais do que aclamar a alteração legislativa, é preciso analisá-la com olhos no passado, no presente e no futuro, para que se tenha uma compreensão ampla do fato, bem como que se favoreça sua efetivação.

2. O TRABALHO DOMÉSTICO NA HISTÓRIA BRASILEIRA

O início do trabalho doméstico no Brasil está diretamente ligado à colonização portuguesa e, conseqüentemente, à escravidão. Gilberto FREYRE explica que a escravidão se mostrava necessária para a colonização do Brasil e, ainda, que não foi o negro escolhido necessariamente por sua raça, mas porque se mostrava mais apto a este trabalho que o índio, por razões culturais anteriores, pois, ao contrário do índio, que era nômade, o africano já vinha de uma cultura agrícola, o que lhe dava vantagem para o trabalho sedentário e disciplinado da lavoura.⁶ E destaca, ainda, que, no Brasil, foi menos presente a idéia, tão difundida, à época, de que os negros constituiriam uma “raça inferior”⁷, o que também foi observado por Sérgio Buarque de HOLANDA, que fala de uma “plasticidade social” dos portugueses, de uma “ausência completa, ou praticamente completa (...), de qualquer orgulho de raça”⁸.

5 BEIRÃO, Nirlando. O mundo sem vulgaridades. *Carta Capital*, São Paulo, ano XVIII, n. 732, p.48-49, 23 jan 2013.

6 FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 34. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 242-243.

7 FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala....* p. 305.

8 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 53

Na verdade, explica Sergio Buarque de HOLANDA, a discriminação aos negros escravos se dava mais em virtude da desconsideração dos chamados “trabalhos vis” por eles executados do que por razões raciais ou étnicas.⁹Também Leila Mezan ALGRANTI afirma que surge, neste momento, “um preconceito próprio das sociedades escravistas, em relação ao trabalho manual, que se impôs lentamente conforme aumentou o número de escravos africanos.”¹⁰

A mesma autora explica que, além da escravidão, este período foi marcado pela “falta de produtos, que estimulou a produção doméstica.”¹¹ Assim, muito mais do que os serviços de asseio e limpeza da casa, os escravos eram responsáveis por todo o trabalho que envolvia a vida doméstica, desde a produção de alguns ingredientes que serviriam de base para determinados alimentos, o preparo das refeições, a confecção de roupas, a fabricação de objetos de cerâmica e de utensílios de cozinha, etc.¹² E conclui, acerca da relevância do trabalho destes escravos, que “grande parte do trabalho desenvolvido no interior dos domicílios coube, portanto, a eles, figuras indispensáveis inclusive nas casas mais simples, que possuíam poucos escravos e até mesmo viviam do aluguel ou do trabalho de seus negros nas ruas das cidades.”¹³

Apesar de todo o trabalho mais vil ter sido deixado para as mãos dos escravos, Gilberto FREYRE destaca que havia uma diferenciação entre os escravos para o serviço doméstico e aqueles para a lide agrícola¹⁴. Havia uma verdadeira hierarquia entre eles, estando os escravos do serviço agrícola muito abaixo dos do serviço doméstico, e, mesmo neste último âmbito, havia diferenciações de *status* entre os escravos conforme as tarefas que a cada um incumbia, conforme sua importância.¹⁵ E FREYRE destaca a importância que tinham as “mucamas escolhidas para damas de companhia das sinhás e sinhá-moças, da mãe-preta, das pagens, cujas funções eram ainda mais importantes e que eram tratadas quase como pessoa de

9 Ibidem, p. 55-56.

10 ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando A. **História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América Portuguesa**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. v. 1. p. 143.

11 Ibidem, p. 142.

12 Ibidem, p. 144-147.

13 Ibidem, p. 143.

14 FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala:** p. 450.

15 Ibidem, p. 476.

família.”¹⁶Afirma que “o status do escravo ia desde o de quase pessoa de família ao de quase animal ou quase bicho.”¹⁷E destaca, inclusive, que quanto maior fosse o contato com os brancos, mais se exigia da aparência física dos escravos, de tal forma que eram anunciadas no jornal as buscas por escravas “bonitas de cara e de corpo” e “com todos os dentes da frente”¹⁸.

Já na obra “Sobrados e Mucambos”, Gilberto FREYRE passa a tratar de uma nova etapa da formação da família e da sociedade brasileiras, em que há o declínio ou a decadência do patriarcado rural e o surgimento de uma nova classe: “Nos documentos brasileiros do século XVIII, já se recolhem evidências de uma nova classe, ansiosa de domínio: burgueses e negociantes ricos querendo quebrar o exclusivismo das famílias privilegiadas de donos simplesmente de terras, no domínio sobre as Câmaras ou os Senados”.¹⁹

São estes os moradores das “casas nobres” ou “sobrados” das áreas urbanas. Muitos, inclusive, eram oriundos de estratos mais baixos da sociedade e que ascenderam em virtude de seu sucesso econômico.²⁰ Com isso, o número de escravos vai diminuindo na área rural e aumentando nos centros urbanos, sendo utilizados tanto para o “trabalho sujo” de barbeiros, ferreiros, carpinteiros e pintores de parede²¹, quanto e principalmente para o serviço doméstico. Aqui também FREIRE destaca a diferenciação entre os escravos para o serviço doméstico, que se denominava “todo o serviço de uma casa de portas a dentro” e aqueles outros para “vender na rua”, ou seja, para outros trabalhos²², observando que o *status* gozado por eles era também diverso: “aquele em contato com os brancos dos sobrados como se fosse pessoa da família. O outro, menos pessoa de casa que indivíduo exposto aos contatos degradantes da rua.”²³

16 Idem.

17 Idem.

18 Ibidem, p. 314.

19 FREIRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento urbano. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1977. 5. ed. 1 tomo. p. 8

20 Ibidem, p. 9.

21 Ibidem, p. 35.

22 Ibidem, p. 47.

23 Ibidem, p. 48.

Demonstra, ainda tratando deste período, a forma aristocrática de domínio no Brasil, a existência de verdadeira divisão de classes, que se encontravam em conflito:

Assim não se pode afirmar de nossa formação que tenha sido substancialmente aristocrática no sentido de uma raça, de uma classe ou de uma região única. O que a nossa formação tem tido é forma aristocrática dentro da qual vêm variando substancias ou conteúdos de raça, classe e de região, ora exaltando-se como nobre o branco (...), ora o caboclo (...), ora glorificando-se o senhor de engenho, (...), ora o fidalgo de sobrado, (...).²⁴

(...)

Em nossa ecologia social, a constante tem sido a posição da figura do escravo de senzala, substituído pelo paria de mucambo ou de palhoça, obrigado a trabalhos vis; e de quem os demais elementos da sociedade têm sempre querido distinguir-se, para tanto procurando constituir-se, de diferentes maneiras, em figuras, ou em arremedos de figuras, de nobres ou simplesmente de homens livres.²⁵

(...)

Mais forte que a condição de raça, como condição ou base de prestígio, eram, evidentemente, a condição de classe e a própria condição de região de origem ou residência do indivíduo.²⁶

De outro lado, Florestan FERNANDES denuncia que a relação de dominação se deu, sim, em virtude da raça, ressaltando que “a chamada “democracia racial” não tem nenhuma consistência e (...) constitui um mito cruel.”²⁷E explica, inclusive, que esta relação de dominação do branco sobre o negro voltava-se ao sentido social de cada raça, “não importa se haja ou não alguma contradição entre a raça genotípica e a raça fenotípica”, destacando que alguns brancos viviam à margem da sociedade, mas que “socialmente falando, ele não era *branco*”, do mesmo modo que negros e

24 Ibidem, p. 675.

25 Ibidem, p. 676-677.

26 Ibidem, p. 687.

27 FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. 2. ed. São Paulo: Global, 2007.p. 47.

mulatos que se integraram ao mundo dos brancos, mas que, para isso, “se viram compelidos a se identificar com o *branqueamento* psicossocial e moral”.²⁸

Seja como for, o que fica evidente é que, já neste momento, se apresentava uma verdadeira relação de dominação de uma classe social sobre a outra. Conflito de classes que se asseverou e se mostrou ainda mais aparente após a abolição da escravatura, quando o serviço doméstico precisava, então, ser feito por trabalhadores ou trabalhadoras livres. Contudo, FREYRE indica que, neste momento, os negros libertos, “a gente de cor já livre”, já não se mostravam capazes de “substituir imediata e satisfatoriamente a (gente) ainda escrava em serviços domésticos”²⁹.

Afirma que esta insatisfação refletiu-se, entre outros meios, pela exigência de que as “amas livres (...) dormissem em casa dos patrões”. E explica FREYRE: “Eram as famílias urbanas a se prepararem para nova situação quanto aos serviços particulares, tendo, entretanto, o cuidado de exigir das cozinheiras, em particular, e das amas, em geral, que dormissem “em casa”.”³⁰

Destaca, ainda, “a busca de substitutos para o mau trabalho livre nacional em estrangeiros dispostos ao serviço doméstico”³¹. Cita uma série de anúncios de jornais buscando estrangeiras, algumas vezes especificando a nacionalidade.³² E ressalta que tal fenômeno não se via antes da abolição da escravatura, quando estrangeiros só eram procurados para “fatores de engenho”.³³ Segundo FREIRE, esta atitude dos antigos senhores “traduziu um como repúdio à gente de cor que, libertada da condição servil pelo Treze de Maio, abandonou casas-grandes do interior para empregar-se em palacetes das cidades”³⁴.

Florestan FERNANDES, por sua vez, destaca que os negros, com a abolição da escravatura, foram jogados ao mundo do trabalho livre e da competição, para

28 Ibidem, p. 33.

29 FREYRE, Gilberto. **Ordem e progresso**: processo de desintegração das sociedades semipatriarcal no Brasil sob o regime de trabalho livre: aspectos de um quase meio século de transição do trabalho escravo para o trabalho livre e da monarquia para a república. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1990. p. 224.

30 Idem.

31 Idem.

32 Ibidem, p. 225-226.

33 Ibidem, p. 227.

34 Ibidem, p. 228.

o qual não tinham as mesmas pré-condições que os estrangeiros, tendo, portanto, sido vítimas desta mudança, sendo relegados a uma economia de subsistência.³⁵

Portanto, vê-se que o tratamento dado aos escravos (ou escravas) responsáveis pelo trabalho doméstico, incluindo a criação dos filhos da elite branca, era, na verdade, o que se poderia chamar de “mito do membro da família”³⁶, pois, assim que não foi mais interessante manter estas pessoas trabalhando, agora como trabalhadores livres, foram dispensadas e substituídas por estrangeiros. E, possivelmente, trata-se de uma decorrência daquele mito da democracia racial, exposto por Florestan FERNANDES, e que, segundo o mesmo autor, “fomenta outros mitos paralelos, que concorrem para esconder ou “para enfeitar a realidade”.”³⁷

Com relação ao trabalho doméstico, este mito perdurou durante todo o século XX, após a abolição da escravidão, e ainda se apresenta, hoje, no século XXI.

Isto porque, não se pode esquecer que patrão e empregado representam classes sociais diferentes, em conflito constante, mesmo no caso do emprego doméstico. Ainda mais neste último, diga-se de passagem.

Jessé SOUZA, ao tratar do que chamou de “ralé brasileira”, explica que “a diferença entre as classes sociais é muito mais do que meramente econômica, mas diz respeito, principalmente, a uma série de condições pré-existentes que levam a isto.”³⁸ E afirma que, além de não ser meramente econômica, a divisão de classes também não se dá unicamente pela posição no processo produtivo, isto é, pela posição de empregado ou patrão.³⁹

Sustenta o citado autor que as classes média e alta são positivamente privilegiadas, tendo uma herança imaterial que se transfere entre as gerações e que caracterizam seu modo de vida.⁴⁰ Paralelamente, explica que existe a classe dos

35 FERNANDES, Florestan. Op. cit. p. 46-47.

36 Aqui, toma-se a liberdade de parafrasear a expressão “mito da outorga”, utilizada por Wilson Ramos Filho, quando trata da situação de conflito de classes entre trabalho e capital e o reconhecimento de direitos como consequência de lutas, e não de mera benevolência. RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012. p. 57.

37 FERNANDES, Florestan. Op. cit. p. 28.

38 SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 15-19.

39 SOUZA, Jessé. **Os batalhadores brasileiros: nova classe média ou nova classe trabalhadora?** 2. ed. rev. e empl. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. p. 19-26.

40 SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**....p. 19-21.

negativamente privilegiados, “uma classe inteira de indivíduos, não só sem capital cultural nem econômico em qualquer medida significativa, mas desprovida, *esse é o aspecto fundamental*, das precondições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação.”⁴¹ Esta classe é a que chamou de “ralé brasileira”.

Entre os indivíduos desta classe denominada ralé, estão, segundo Maria Teresa CARNEIRO e Emerson ROCHA⁴², as empregadas domésticas, muitas das quais provenientes de um ambiente de abuso sexual e falta de afeto, encontrando, comosáida, para escapar desta situação, ir trabalhar em uma casa de família, em que são recebidas como agregadas. Apesar disso, a narrativa do novo contexto em que são inseridas estas mulheres demonstra que, com o tempo, a mulher ou moça vai percebendo que não é tratada exatamente como da família, “percebe que sua posição não é tanto a de quem está sentada à mesa com a família, mas a de quem está sentada junto à mesa, pronta para atender às ordens de serviço.”⁴³

Assim, a luta de classes não só existe, como utiliza como artimanha o mito de que o trabalhador doméstico, em geral trabalhadora, é “quase pessoa da família”, o que leva a classe dominada a não enxergar a dominação e, conseqüentemente, não lutar verdadeiramente contra ela. Isto porque, como afirma Jessé SOUZA, “encobrir a existência das classes é encobrir também o núcleo mesmo que permite a reprodução e legitimação de todo tipo de privilégio injusto.”⁴⁴

No Brasil, isto fica muito claro quando se analisa o histórico legislativo acerca do trabalho doméstico, que se verá a seguir.

3. O TRABALHO DOMÉSTICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

PAMPLONA FILHO e VILLATORE destacam a existência de alguma regulação do trabalho doméstico antes mesmo da abolição da escravatura, qual seja, uma lei de 12 de setembro de 1830, que regulava a locação de serviços, incluindo-

41 Ibidem, p. 21.

42 CARNEIRO, Maria Teresa; ROCHA, Emerson. “Do fundo do buraco”. O drama social das empregadas domésticas. In: SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 125-142.

43 Ibidem, p. 135.

44 SOUZA, Jessé. **Os batalhadores brasileiros...**, p. 22.

-se, por não haver vedação expressa, os domésticos⁴⁵, mas, mais específico ao trabalho doméstico, citam:

o Código de Posturas do Município de São Paulo, de 1886, que definiu “criado de servir”, em seu artigo 263, como sendo “toda pessoa de condição livre que, mediante salário convencionado, tiver ou quiser ocupação de moço de hotel, hospedaria ou casa de pasto, cozinheiro, copeiro, cocheiro, hortelão, ama-de-leite, ama-seca, engomadeira ou costureira e , em geral, a de qualquer serviço doméstico” e estabelecia multas no caso de inadimplemento das cláusulas contratuais⁴⁶.

Contudo, quase não eram aplicadas estas legislações, pois havia poucos trabalhadores livres nestas funções. E os escravos, que, no mais das vezes, executavam o trabalho doméstico, eram tratados como propriedade, regidos, portanto, pelo direito que a esta regula.

A própria Lei Áurea, responsável pela abolição da escravatura, segundo FERRAZ e RANGEL:

(...) foi consequência de uma conjuntura econômica internacional capitaneada pela Inglaterra, a qual via no modelo escravocrata um empecilho ao desenvolvimento dos mercados e à escoação de sua pujante produção industrial. De fato, a abolição dos escravos não surgiu em virtude de um movimento de consciência libertária amplamente forjado no seio social, antes foi um imperativo de ordem econômica. Dessa maneira, o referido diploma libertou os escravos apenas formalmente, não destinando qualquer meio para a sua inserção social.⁴⁷

45 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antonio Cesar. **Direito do trabalho doméstico**: doutrina, legislação, jurisprudência prática. 2. ed.ampl., rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 40

46 Idem.

47 FERRAZ, Fernando Basto; RANGEL, Helano Márcio Vieira. A discriminação sociojurídica ao emprego doméstico na sociedade brasileira contemporânea: uma projeção do passado colonial. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, junho 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. p. 8643.

Apesar de, como já dito, alguns escravos terem sido substituídos por estrangeiros após a abolição da escravatura, muitos permaneceram trabalhando para seus antigos senhores. Isto porque, diante da impossibilidade de inserção social pela via do trabalho livre, a única forma de sobrevivência era continuar trabalhando para o antigo senhor, em troca de casa e comida. E, diga-se: sem receber salário em espécie, ou recebendo-o em valores mínimos.

E esta situação, que pouco difere da anterior, de escravo propriamente dito, perdurou por muito tempo sem esbarrar na ilegalidade pela absoluta inexistência de lei especial que tratasse do trabalho doméstico.

Só em 1916, com a promulgação do Código Civil é que tal lei surgiu, mas ainda muito precariamente. Isto porque tratava a relação de trabalho como um contrato privado de locação de serviços, estendendo-se esta regulação ao trabalho doméstico.

No ano de 1923, tem-se o surgimento do Decreto n.º 16.107, que previa alguns direitos aos trabalhadores domésticos, mas que, de acordo com Cláudia Maria Ribeiro Viscardi, “seu fim primordial” era o de “salvaguardar os interesses dos empregadores”⁴⁸, como, por exemplo, com a instituição de algo parecido com a carteira de trabalho, que objetivava um controle dos trabalhadores domésticos, com seu cadastro junto ao Estado, bem como que o colocava em uma situação de submissão ao patrão, vez que, a cada demissão, este deveria anotar naquele documento, o motivo da demissão, o que estaria à disposição de futuros patrões. E isto no interesse de proteger o patrimônio dos patrões.

Adiante, tem-se a previsão de direitos e deveres no âmbito do contrato de trabalho doméstico pelo decreto-lei n.º 3.078, de 1941, mas que “condicionava a aplicação a um regulamento que deveria ser expedido pelo Ministério do Trabalho e Ministério da Justiça, o que jamais foi feito.”⁴⁹ Por isso, PAMPLONA FILHO e VILLATORE afirmam que, na verdade, “se tratou (...) de uma norma “para inglês ver”, ou seja, a criação de um dispositivo normativo sem qualquer eficácia social, conclusão que se tira pela constatação do que concretamente ocorreu no plano das relações trabalhistas de direito material.”⁵⁰

48 VISCARDI, Cláudia Maria Ribeiro. Trabalho, previdência e associativismo: as leis sociais na primeira República. In: LOBO, Valéria M. ; DELGADO, Ignacio J.G.; VISCARDI, Cláudia M. R. (Org.). **Trabalho, Proteção e Direitos** - O Brasil além da Era Vargas. Juiz de Fora: Ed.UFJF, 2010, v. 1. p. 39.

49 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antonio Cesar. Op. Cit., p. 42.

50 Idem.

Em 1943, tem-se a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), diploma normativo da maior importância, que previu uma série de direitos aos trabalhadores, mas sua aplicação foi expressamente negada às relações de trabalho doméstico, isto é, àquelas cuja finalidade não é lucrativa. Esta exclusão é significativa da desproteção do trabalhador doméstico que aqui está sendo relatada. FERRAZ e RANGEL também tecem pertinente crítica a respeito:

Portanto, a segregação legislativa é patente. O emprego doméstico foi expressamente classificado como um trabalho de categoria inferior. A CLT se valeu de uma característica peculiar ao trabalho doméstico, qual seja, a da não-lucratividade dos serviços prestados, como um meio de justificar a sua exclusão jurídica. Demonstra-se claramente a projeção da escravidão nesse momento histórico, ratificando o argumento expendido acima, de que muitos ex-escravos tornaram-se “servos” domésticos.⁵¹

Assim, mesmo após a promulgação da CLT, o trabalho doméstico permaneceu sendo identificado com a retrógrada figura da locação de serviços, regida pelo Código Civil de 1916. Somente com o advento da Lei n.º 5.859, de 11 de dezembro de 1972, regulamentada pelo Decreto 71.885, de 9 de março de 1973, é que foram estabelecidas as disposições que regem a profissão dos domésticos. No entanto, ainda de maneira muito tímida, não prevendo mais do que férias de 20 dias por ano e a inclusão no regime geral de previdência social.

Em 1988, cem anos após a Lei Áurea, tem-se a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, tão aclamada como Constituição Cidadã e pelo amplo rol de direitos e garantias fundamentais, mas que, novamente, não estabeleceu a igualdade plena entre os empregados domésticos e todos os demais empregados.

Eduardo PESSOA afirma que “a Constituição de 1988 é o marco histórico dos direitos dos domésticos. Foi com a promulgação desta Carta que o trabalhador doméstico alcançou direitos significativos, elencados no Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais”⁵². Não podemos concordar com tamanho elogio. Isto porque, dos

51 FERRAZ, Fernando Basto; RANGEL, Helano Márcio Vieira. Op. cit., p. 8644.

52 PESSOA, Eduardo. **Direito do trabalho doméstico**. São Paulo: WVC Editora, Rio de Janeiro: Letras e Expressões, 2000. p. 12.

34 direitos sociais garantidos aos trabalhadores no art. 7º da Carta, somente 9 foram estendidos, por seu parágrafo único, aos empregados domésticos. Não foram reconhecidos aos domésticos, entre outros, o adicional noturno (inciso IX) e o limite de jornada diária e semanal com o direito ao pagamento de horas extraordinárias com acréscimo de, no mínimo, 50% (inciso XIII).

Nos anos seguintes, seguem-se algumas leis que foram reconhecendo vagarosamente alguns direitos a estes trabalhadores. Em 23 de março de 2001, é publicada a lei n.º 10.208, que permite o acesso do trabalhador doméstico ao FGTS e ao seguro-desemprego, mas como faculdade do empregador. Detalhe que foi adequadamente observado por PAMPLONA FILHO e VILLATORE, que chamam a atenção: “vale destacar, porém, que o referido Decreto, em verdade, tem uma feição muito dúbia, pois, no Brasil, “direitos facultativos” não são uma prática muito respeitada.”⁵³

Causa maior espanto que determinados direitos e certas proibições apenas tenham sido previstos em 19 de julho de 2006, na Lei n.º 11.324. Este diploma legal veio alterar a Lei n.º 5.859/72, para o fim de, entre outras disposições, vedar “descontos no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia” (art. 2º-A), limitar os descontos com moradia aos casos em que esta for em local diverso daquele em que ocorre a prestação dos serviços (art. 2º-A, § 1º) e vedar “a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto” (art. 4º-A). Disposições que, se não são óbvias, já eram reconhecidas aos demais empregados há muito tempo.

E mais. Se é necessário que seja promulgada uma lei que vede tais absurdos é porque, na prática, vinham ocorrendo rotineiramente, sem qualquer constrangimento.

E a situação precária e de discriminação aos trabalhadores domésticos, hoje, não é exclusividade brasileira. Tanto o é que, em 2011, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) ou International Labour Organization (ILO), reunida em Genebra, na 100ª Conferência, aprovou a Convenção n.º 189, que determina, em seu artigo 3, que “Todo Membro deverá adotar medidas para assegurar a promo-

53 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antonio Cesar. Op. cit., p. 46.

ção e a proteção efetivas dos direitos humanos de todos trabalhadores domésticos, em conformidade com as disposições da presente Convenção”.⁵⁴

E, ao longo da Convenção, são expostos diversos direitos denominados de direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores doméstico. O artigo 6 determina que devem ser asseguradas “condições equitativas de emprego e condições de trabalho decente”. Do mesmo modo, o Artigo 10 traz uma série de determinações a respeito da igualdade com os demais trabalhadores e acerca da jornada de trabalho:

1. Todo Membro deverá adotar medidas para garantir a igualdade de tratamento entre os trabalhadores domésticos e os trabalhadores em geral com relação às horas normais de trabalho, à compensação de horas extras, aos períodos de descanso diários e semanais e férias anuais remuneradas, em conformidade com a legislação nacional e com acordos coletivos, considerando as características específicas do trabalho doméstico.
2. O período de descanso semanal deverá ser de pelo menos 24 horas consecutivas.
3. Períodos nos quais os trabalhadores domésticos não dispõem livremente de seu tempo e permanecem à disposição do domicílio onde trabalham de maneira a atender a possíveis demandas de serviços devem ser consideradas como horas de trabalho, na medida em que se determine na legislação nacional, acordos coletivos ou qualquer outro mecanismo em conformidade com a prática nacional.⁵⁵

É evidente que várias destas determinações não eram cumpridas pelo Brasil, já que, aqui, como já se expôs, a maior parte dos direitos previstos pela Constituição aos demais trabalhadores não era estendida ao doméstico, como é o caso da limitação de jornada e do pagamento de adicional por horas extraordinárias e por trabalho noturno.

54 OIT. Convenção e Recomendação sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos. Disponível em:<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_169517.pdf>. Acesso: 14 ago 2013.

55 OIT. Convenção e Recomendação sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos. Disponível em:<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_169517.pdf>. Acesso: 14 ago 2013.

Mas esta situação mudou, pelo menos no plano normativo, com a publicação da Emenda Constitucional n.º 72, de 03 de abril de 2013.

4. A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 72 E SEU SIGNIFICADO

Em 03 de abril de 2013, foi publicada no Diário Oficial da União a Emenda Constitucional n.º 72, que deu nova redação ao parágrafo único do art. 7º da Constituição, nos seguintes termos:

São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

Com isso, passaram a ser reconhecidos os seguintes direitos aos domésticos: indenização compensatória pela dispensa sem justa causa (inciso I), seguro-desemprego (inciso II), FGTS obrigatório (inciso III), adicional pelo trabalho noturno (inciso IX), configuração de crime da retenção dolosa do salário (inciso X), salário-família (XII), jornada de trabalho máxima de 44 horas semanais (inciso XIII), com o pagamento de horas extraordinárias com adicional de, no mínimo, 50% (inciso XVI), assistência gratuita aos filhos até os 5 anos de idade (inciso XXV), reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho (inciso XXVI), seguro contra acidentes de trabalho (inciso XXVIII), vedação de diferenciação de salário em virtude de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX), bem como por ser portador de deficiência (XXXI) e a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos (inciso XXXIII).

De grande importância a publicação desta Emenda, tanto no cenário interno, como no externo, pois, além de cumprir com parte das determinações da Convenção n.º 189 da OIT, a EC n.º 72 foi responsável por corrigir uma discriminação le-

gal, constitucional, institucionalizada, que havia sido só discretamente minorada com a Constituição Federal de 1988.

Contudo, não se pode ter a ilusão de que isso será suficiente para mudar o quadro atual de discriminação e exploração do trabalho doméstico. Em primeiro lugar porque, embora a Emenda tenha entrado em vigor com sua publicação, vários dos direitos ali expostos necessitam de regulamentação para serem efetivados.⁵⁶

E, em segundo lugar, porque o Direito nem sempre é capaz de mudar a realidade. Tanto o é que, antes da entrada em vigor da citada emenda, mesmo já sendo obrigatória a elaboração de contrato de trabalho para o empregado doméstico, devidamente registrado na Carteira de Trabalho (CTPS), o percentual daqueles que eram contratados desta forma era muito inferior ao daqueles que permaneciam na “informalidade”, como já exposto.

A utilidade social do trabalho doméstico não foi suficiente para que se lhe concedesse um reconhecimento positivo das pessoas que nele trabalham, o que, inclusive, é observado em relação a outras formas de trabalho na história mundial.⁵⁷

A própria Constituição Federal de 1988 acabou por tratar o trabalho doméstico como diferente das demais formas de emprego, no parágrafo único do art. 7º.

Contudo, é preciso se ter em mente os princípios gerais da Carta. Já no artigo 1º, enumera entre os fundamentos da República Federativa do Brasil a “dignidade da pessoa humana” e o “valor social do trabalho”. Adiante, no art. 3º, ao tratar dos seus objetivos, inclui o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, o de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e o de “promover o bem de todos, sem preconceitos (...) e quaisquer outras formas de discriminação.”

Não se pode conceber como protetor da dignidade humana um Estado que não protege adequadamente o trabalhador doméstico, tratando-o de forma distinta dos demais empregados, sem qualquer justificativa axiológica para tal distinção. Isto porque o trabalho não é apenas meio de satisfação de necessidades, mas é, ele mesmo, um direito humano e fundamental.⁵⁸ E dele decorrem outros direitos,

56 BRASIL. Senado. Igualdade de direitos para domésticas entra em vigor hoje. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/04/03/igualdade-de-direitos-para-domesticas-entra-em-vigor-hoje>> Acesso: 14 ago 2013.

57 Nesse sentido, CASTEL, Robert. **Trabajo y utilidad para el mundo**. Revista internacional del trabajo. Genebra, OIT, vol. 115, n. 6 (1996), p. 671-678.

58 WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

como o “direito a um padrão de trabalho juridicamente protegido”, visto sob dois aspectos essenciais, conforme WANDELLI:

De um lado, um direito geral a que haja um tal padrão de proteção, acarretando ao Estado obrigações de estabelecimento de um legislação de **proteção** e de mecanismos institucionais que a garantam, bem como de **aplicação**, em especial nas modalidades de proporcionar políticas de proteção ao assalariamento e de **promover** a valorização do estatuto de trabalho protegido por meio de programas comunicacionais. De outro lado, uma obrigação, de parte do Estado e dos particulares, de **respeito**, que impõe não o violarem, inclusive mediante as leis definidores do suposto fático de incidência desse padrão, assim como mediante práticas jurídicas concretas de fraude ao regime legal de proteção.⁵⁹

A EC n.º 72 deu um passo importante na história brasileira, ao constitucionalizar a igualdade (ou quase) entre empregados domésticos e os demais empregados da iniciativa privada. Com isso, o constituinte reformador agiu em conformidade com o que dispõe WANDELLI, pautando-se verdadeiramente pelo direito ao trabalho, e, muito mais, por um direito ao trabalho digno e decente.

No entanto, declarações de direitos não são nem nunca foram suficientes para transformar realidades. Os direitos dos trabalhadores domésticos, em verdade, estão reconhecidos e positivados, e a questão que se coloca é exatamente de protegê-los, efetivá-los e não permitir que continuem sendo violados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, algumas conclusões se impõem. A primeira delas é a de que, como já dito, a relação entre empregados e empregadores domésticos é, sim, uma relação de conflito de classes. E se isso é constantemente camuflado pelo mito de que o empregado doméstico é como se fosse alguém da família, o conflito se torna mais evidente em momentos de alteração legislativa. Foi o que ocorreu

59 Ibidem, p. 299.

no século XIX, quando da abolição da escravatura, e é o que ocorre hoje, com a publicação da Emenda Constitucional n.º 72.

Assim, observou-se verdadeira histeria por conta de sua entrada em vigor, com alegações de que o elevado custo de se ter um empregado doméstico, a partir de agora, causaria uma onda de desemprego. Argumento vazio e falacioso que já era previsto por Mariana KRIEGER, quando tratou da possibilidade de ratificação da Convenção n.º 189 pelo Brasil:

Nem se diga que a ratificação desta Convenção, acarretaria prejuízos aos próprios domésticos e que possivelmente aumentaria a informalidade ou o número de desempregos. Isso porque tal argumento, extremamente conservador, foi utilizado todas as vezes que se garantiu algum direito aos trabalhadores e, conforme se sabe, os referidos prejuízos nunca ocorreram na prática!⁶⁰

Estas argumentações aparecem sempre que há uma nova proposta de aumento da proteção e do rol de direitos sociais, como apontou Wilson RAMOS FILHO ao tratar da aprovação da lei que previa, pela primeira vez, no Brasil, o direito dos trabalhadores a férias anuais de 15 dias⁶¹, bem como da redução da jornada de trabalho dos menores⁶². Mas, com o passar do tempo, nenhuma destas “desculpas” se mostrou relevante.

Além disso, faz-se necessário observar que a mudança legislativa não é suficiente para alterar a realidade fática. Não só no âmbito do trabalho doméstico, mas, em diversas outras esferas, é possível constatar que a igualdade só existe no plano formal, como afirmou Mariana KRIEGER:

Ocorre que no nosso país o princípio da igualdade e por vezes interpretado a partir de uma visão formal, acreditando-se que a simples previsão normativa a um tratamento isonômico é suficiente para o estabelecimento da igualdade, ainda que entre pessoas ou grupos essencialmente distintos.

60 KRIEGER, Mariana. Op. cit., p. 271.

61 RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho**: história, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTr, 2012. p. 63-64.

62 Ibidem, p. 65-67.

Essa visão, além de não impedir ou minimizar desigualdades, contribui para o seu fortalecimento, eis que partes em situações desiguais não podem ter seus interesses aferidos por critérios idênticos, sob pena de transportar-se a desigualdade dos fatos para o mundo jurídico.⁶³ (262)

Foi o que observaram, na prática, Maria Teresa CARNEIRO e Emerson ROCHA, quando trataram do caso das empregadas domésticas, demonstrando que as conquistas de direitos destas trabalhadoras, embora tenham lhes dado “vidas particulares separadas da casa e do domínio dos patrões”⁶⁴ e melhores condições de consumo para uma suposta “vida melhor”, não afastou a situação de miséria, que não é apenas material.⁶⁵

É o que explica, ademais, que, antes da EC n.º 72, mesmo já sendo obrigatório o registro do emprego doméstico em Carteira de Trabalho, o percentual de trabalhadores e trabalhadoras sem este registro e, portanto, privados de direitos trabalhistas e proteção previdenciária, já fosse tão alto. Sobre isso, FERRAZ e RANGEL afirmam que “há basicamente quatro causas para este fenômeno: duas de matriz cultural, um de origem econômica e outro institucional.”⁶⁶

Do ponto de vista cultural, apontam duas razões, que dizem respeito a quem emprega. A primeira delas é devida ao entendimento da maior parte dos empregadores domésticos de que seus empregados não são comparáveis aos empregados não domésticos. “Partem da premissa de que a contratação é na verdade “um favor” que fazem a alguém que normalmente não teria qualificação para outro tipo de ocupação no mercado de trabalho. É assim que os domésticos são “apadrinhados” por seus senhores, tornando-se “quase da família.”⁶⁷

A segunda razão cultural apontada refere-se ao *status* que confere a alguém o fato de ter empregados domésticos, o que leva a buscarem por estes serviços até

63 KRIEGER, Mariana. Op. cit., p. 262.

64 CARNEIRO, Maria Teresa; ROCHA, Emerson. Op. cit., p. 125.

65 Ibidem, p. 126.

66 FERRAZ, Fernando Basto; RANGEL, Helano Márcio Vieira. Op. cit., p. 8650.

67 Ibidem, p. 8651.

mesmo algumas famílias que não tem condições de arcar com todos os encargos de uma contratação trabalhista formalizada.⁶⁸

Além destes, apontam os autores um motivo de ordem econômica, relativamente, em especial, às mulheres empregadas nestas funções. Afirmam que o alto grau de informalidade é favorecido “pela oferta abundante de mão-de-obra feminina barata, seja pela desqualificação da maior parte das trabalhadoras brasileiras, seja pelo grande número de famílias chefiadas por mulheres domésticas.”⁶⁹

E, por fim, citam aquilo que chamam de fator institucional que contribui ainda mais para o aumento da informalidade: “Trata-se da impossibilidade de o Estado fiscalizar o trabalho no interior dos domicílios e impor sanções, como também a dificuldade de o trabalhador doméstico produzir provas na Justiça do Trabalho.”⁷⁰

E nenhum destes elementos restou afastado pela Emenda n.º 72, nem pelas leis promulgadas anteriormente.

Ou seja: se normas anteriores não foram capazes de mudar esta conjuntura, que é cultural, acima de tudo, nem de efetivamente garantir direitos a uma grande parcela dos empregados domésticos, por conta de todas estas razões, além de outras, não será a EC n.º 72 que, sozinha, fará uma grande revolução. FERRAZ e RANGEL observam que “nem mesmo a Constituição Federal de 1988, amplamente baseada nos excelsos valores da dignidade da pessoa humana, isonomia e da valorização social do trabalho, conseguiu superar completamente a intensa maré contrária da discriminação e desprezo que anatematizam a categoria doméstica.”⁷¹

Um quarto de século depois da promulgação da Carta Constitucional, perderam as mais absurdas desigualdades e discriminações na sociedade brasileira. E, diariamente, estamos lutando por sua efetivação prática.

Joaquín Herrera FLORES entendia que os direitos humanos “más que derechos “propiamentedichos” son procesos; es decir, el resultado, siempre provisional, delas luchas que los seres humanos ponen en práctica para poder acceder a los bienes necesarios para la vida.”⁷² E afirma absolutamente equivocado confundir o direito

68 Idem.

69 Idem.

70 Idem.

71 FERRAZ, Fernando Basto; RANGEL, Helano Márcio Vieira. Op. cit., p. 8652-8653.

72 FLORES, J. H. **La reinención de los derechos humanos**. Andalucía: Atrapasueños. p. 22.

com uma positivação, como fazia o positivismo, afirmando, de outro lado, que “el problema no seacómunderecho se convierteendereço humano, sino como un “derecho humano”logra convertirseendereço, es decir, consigueobtenerlagarantía jurídica para sumejorimplantación y efectividad”.⁷³

Assim, também a publicação da Emenda n.º 72 é muito mais do que um ponto de chegada da luta pela regulação digna do trabalho doméstico no Brasil. Na verdade, é apenas um ponto de partida, o início de um novo capítulo da história brasileira do trabalho doméstico. E, lembrando-se sempre do caráter de conflito de classe presente nestas relações, é necessária uma luta constante, tanto pelos empregados domésticos, como pela sociedade em geral. O que, evidentemente, é muito mais importante, e igualmente desafiador, que a simples elaboração, publicação e regulamentação da regra, pois só se poderá efetivamente falar em direitos fundamentais dos trabalhadores domésticos quando, mais do que positivados, estiverem sendo realizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. *In*: NOVAIS, Fernando A. **História da vida privada no Brasil**: cotidiano e vida privada na América Portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. v. 1. p. 83-154.

BEIRÃO, Nirlando. O mundo sem vulgaridades. **Carta Capital**, São Paulo, ano XVIII, n. 732, p.48-49, 23 jan 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Previdência: mais de 70% dos domésticos não têm carteira assinada. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/camara_noticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/204223-PREVIDENCIA_-MAIS-DE-70-DOS-DOMESTICOS-NAO-TEM-CARTEIRA-ASSINADA .html> Acesso: 14 ago 2013.

BRASIL. Senado. Igualdade de direitos para domésticas entra em vigor hoje. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/04/03_/igualdade-de-direitos-para-domesticas-entra-em-vigor-hoje>Acesso: 14 ago 2013.

CARNEIRO, Maria Teresa; ROCHA, Emerson. “Do fundo do buraco”. O drama social das empregadas domésticas. *In*: SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 125-142.

73 Ibidem, p. 23.

CASTEL, Robert. **Trabajo y utilidad para el mundo**. Revista internacional del trabajo. Genebra, OIT, vol. 115, n. 6 (1996), p. 671-678.

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. 2. ed. São Paulo: Global, 2007.

FERRAZ, Fernando Basto; RANGEL, Helano Márcio Vieira. A discriminação sociojurídica ao emprego doméstico na sociedade brasileira contemporânea: uma projeção do passado colonial. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, junho 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. p. 8633-8657.

FLORES, J. H. **La reinención de los derechos humanos**. Andalucía: Atrapasueños

FREIRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento urbano. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1977. 5. ed. 1 tomo.

FREIRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento urbano. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1951. 2. ed. v. 2.

FREYRE, Gilberto. **Ordem e progresso**: processo de desintegração das sociedades semipatriarcal no Brasil sob o regime de trabalho livre: aspectos de um quase meio século de transição do trabalho escravo para o trabalho livre e da monarquia para a república. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1990.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 34. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ILO (International Labour Organization): Domestic workers across the world. Jan. 2013. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_200962.pdf> Acesso: 10 ago 2013.

ILO (International Labour Organization): Trabajo decente para los trabajadores domésticos. Conferencia Internacional del Trabajo, 99 reunión, 2010. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2009/109B09_24_span.pdf> Acesso: 10 ago 2013.

KRIEGER, Mariana. O trabalhador doméstico no Brasil e a Convenção 189 da OIT: uma questão de igualdade. In: RAMOS FILHO, Wilson. (Coord.) **Trabalho e regulação**: as lutas sociais e as condições materiais da democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2012. v. 1.

OIT. Convenção e Recomendação sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_169517.pdf>. Acesso: 14 ago 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antonio Cesar. **Direito do trabalho doméstico**: doutrina, legislação, jurisprudência prática. 2. ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

PESSOA, Eduardo. **Direito do trabalho doméstico**. São Paulo: WVC Editora, Rio de Janeiro: Letras e Expressões, 2000.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

SOUZA, Jessé. **Os batalhadores brasileiros: nova classe média ou nova classe trabalhadora?** 2. ed. rev. e empl. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

VISCARDI, Cláudia Maria Ribeiro. Trabalho, previdência e associativismo: as leis sociais na primeira República. In: LOBO, Valéria M. ; DELGADO, Ignacio J.G.; VISCARDI, Cláudia M. R.. (Org.). **Trabalho, Proteção e Direitos** - O Brasil além da Era Vargas. Juiz de Fora: Ed.UFJF, 2010, v. 1

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

WROBLESKI,Stefano. Trabalho doméstico ainda é mal pago e informal no Brasil, diz OIT. **Brasil de fato**. 18 jan 2013. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/11633>> Acesso: 10 ago 2013.

A RECONSTRUÇÃO NORMATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

Leonardo Vieira Wandelli¹

1. O PROBLEMA: A CENTRALIDADE INEFETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

Ousa-se sustentar que o direito ao trabalho é o mais importante, embora talvez o menos efetivo dos direitos fundamentais. Por isso, vai-se privilegiar, neste espaço, uma abordagem voltada às perspectivas de sua implementação atual na ordem constitucional brasileira vigente, em detrimento dos aspectos relativos ao seu devir histórico e do aporte crítico que o direito ao trabalho, como expressão de necessidades que demandam uma profunda transformação da institucionalidade vigente, traz frente a essa mesma ordem que o consagra.² Isso não significa, porém, que não seja necessário revolver os elementos de fundamentação desse

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, (2009); DEA em Derechos Humanos y Desarrollo pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilla (2006); Mestre em Direito pela UFPR (2003); Professor do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da Unibrasil e Líder do GP Trabalho e Regulação no Estado Constitucional; Coordenador do Curso de Especialização Capacitação para o Assessoramento à Jurisdição Trabalhista no TRT-PR; Instrutor colaborador da SDH-CONATRAE; Membro fundador da APDT – Academia Paranaense de Direito do Trabalho; Juiz do Trabalho no Paraná

2 A respeito do duplo caráter, normativo-positivo e, ao mesmo tempo, crítico-transformador do direito ao trabalho, ver WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo, LTr, 2012.

direito. Ao contrário da clássica afirmação de Bobbio, para quem “o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los”³, postula-se, na esteira do que foi sustentado por Joaquín Herrera Flores, que já é mais que tempo de parar para refletir como, para proteger os direitos humanos, é indispensável repensar-se a sua fundamentação.⁴

Neste primeiro tópico, procura-se identificar o contexto normativo do direito ao trabalho, cuja importância é desmerecida por um escasso desenvolvimento dogmático, colocando-se a questão das condições para superar-se essa paralisia. No segundo tópico sintetizam-se alguns elementos da reconstrução da fundamentação do direito ao trabalho que subsidiarão uma releitura concretizadora cujos contornos gerais se esboçam nos tópicos 3 e 4. No tópico 3, procura-se desenhar a figura complexa de um direito multidimensional, cuja essência é explicitada, no tópico 4, como um direito ao conteúdo do próprio trabalho.

Reiteradamente proclamado nos textos constitucionais e de normas internacionais relativas a direitos humanos, o direito ao trabalho é considerado pela doutrina internacional mais abalizada como “el arquetipo de los derechos sociales”⁵ ou “o direito social por antonomasia”⁶ ou ainda “il primo dei dirittisociali”⁷. Sua centralidade para o discurso jurídico é reiterada na literatura, não só por razões de ordem normativa, mas também por razões de ordem histórica – como primeira bandeira que levou ao constitucionalismo social – e de ordem cultural – pela necessária hierarquia valorativa que assume na “sociedade do trabalho”.⁸ Sobre-

3 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** (trad. Carlos Nelson Coutinho). 10ª ed., Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 37.

4 HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto**. Madrid, Catarata, 2005, p. 36-38.

5 SASTRE IBARRECHE, Rafael. **El derecho al trabajo**. Madrid, Trotta, 1996, p. 19.

6 “Que el derecho al trabajo ha sido considerado tradicionalmente como el derecho social paradigmático entre todos los derechos sociales, o el derecho social por antonomasia, no necesita ahora ya particulares justificaciones, pues es un dato adquirido la numerosísima literatura al respecto.” MONEREO PÉREZ, José Luiz e MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo, in MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE e MORENO VIDA (dir.), **Comentario a la Constitución socio-económica de España**, Granada, Comares, 2002, p. 288.

7 GIUBBONI, Stefano. **Il primo deidirittisociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo**. Disponível em http://aei.pitt.edu/13686/1/giubboni_n46-2006int.pdf.

8 MONEREO PÉREZ e MOLINA NAVARRETE, ob. cit., loc. cit.

tudo, tal direito é reconhecido como a condição indispensável para outros direitos humanos, como articulado de modo taxativo na resolução 34/46, de 1979, da Assembléia Geral da ONU: “a fim de garantir cabalmente os direitos humanos e a plena dignidade pessoal, é necessário garantir o direito ao trabalho”.⁹

No dizer de Celso de Albuquerque Mello seria “o direito ao trabalho o mais importante, ou o direito básico dos direitos sociais”¹⁰, sendo a condição para os demais direitos sociais. E, sem estes últimos, não há sentido para os direitos individuais clássicos, uma vez que já adquirida a compreensão da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos: “o que interessa a liberdade de expressão se não se têm os direitos à saúde, ao trabalho, à alimentação?”¹¹

Com efeito, no plano internacional há um grande acervo de normas internacionais de direitos humanos em geral e, em especial, de direitos sociolaborais, que se referem explicitamente ao reconhecimento e a formas de implementação do direito ao trabalho. A principiar, o art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.¹² É relevante que o item I desse dispositivo distingue o direito ao trabalho, como expressão mais geral, de suas expressões parcelares, como o direito à livre escolha de emprego, o direito a condições justas de trabalho e o direito à proteção contra o desemprego. Bem assim, os itens II a IV, consignam o direito à igualdade salarial para igual trabalho, o direito de organização e filiação sindical e, em especial, o direito a uma remuneração que assegure ao

9 Relevante o art. 13 da Proclamação de Teerã, de 1968, também da AG da ONU, que dispõe: “Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível. O alcance de progresso duradouro na implementação dos direitos humanos depende de políticas nacionais e internacionais saudáveis e eficazes de desenvolvimento econômico e social.”

10 MELLO, Celso de Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 228.

11 Idem, p. 221.

12 **Artigo 23.** I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

trabalhador e sua família uma existência digna. Não se olvide, ainda, o vínculo indivisível firmado, no art. 22 da DUDH, entre os DESCs e a dignidade e o desenvolvimento da personalidade. Em termos dogmáticos, esse desenho de um direito geral, que se desdobra em aspectos parcelares, expressa a pluralidade de dimensões normativas característico do direito ao trabalho, como se verá adiante.

Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, de 1966, tratado vigente no âmbito interno brasileiro¹³ e que deu prosseguimento à positivação dos direitos enunciados na DUDH, assegura o direito ao trabalho em seu art. 6º, elencando, de forma não exaustiva, o direito a trabalhar, à oportunidade de um trabalho livremente escolhido ou aceito, a formação profissional, a políticas de desenvolvimento econômico, social e cultural e a “ocupação plena e produtiva, em condições que garantam as liberdades políticas e econômicas fundamentais da pessoa humana”.¹⁴

Diversas outras normas e declarações internacionais consagram, com central normatividade, o direito ao trabalho. Pode-se mencionar, exemplificativamente: o art. 6º¹⁵ do Protocolo de São Salvador¹⁶; o art. 45, b, da Carta da Organização dos

13 Protocolo adicional ao Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado ao direito interno brasileiro com o Decreto 591, de 06.07.1992.

14 Um amplo leque de implementação desse dispositivo é desenvolvido pelo Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU, encarregado do controle da implementação do PIDESC, na Observação Geral nº 18, de 24.11.2005, que será referida adiante. Diversas outras normas no âmbito da ONU se reportam ao direito ao trabalho. O art. 8, item 3, a, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; o artigo 5, parágrafo “e”, inciso “i”, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; o artigo 11, parágrafo 1, item “a”, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; o art. 32 da Convenção sobre os Direitos da Criança; os artigos 11, 25, 26, 40, 52 e 54 da Convenção Internacional sobre Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Familiares.

15 Art. 6. 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita. 2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

16 Ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 56, de 19.04.1995, sendo depositado em 21.08.1996, entrando em vigor, no plano internacional e para o Brasil em 16.11.1999, sendo completado

Estados Americanos.¹⁷Dentre as convenções e recomendações da OIT¹⁸ destaca-se o disposto no art. 1º da Convenção 122 da OIT,¹⁹ que dispõe sobre a política de emprego não só quantitativo, mas qualitativo, e que deverá procurar garantir:

- a) que haja trabalho para todas as pessoas disponíveis e em busca de trabalho; b) que este trabalho seja o mais produtivo possível; c) que haja livre escolha de emprego e que cada trabalhador tenha todas as possibilidades de adquirir e de utilizar, neste emprego, suas qualificações, assim como seus dons, qualquer que seja sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.

Juntamente com o art. 6º do PIDESC, antes mencionado, o qual ressalta que as condições de trabalho são determinantes para o exercício das liberdades políticas e econômicas fundamentais da pessoa, esse dispositivo forma a base normativa que explicita a projeção do direito ao trabalho sobre o princípio do pleno emprego, ressaltando que este deverá possibilitar ao trabalhador adquirir e utilizar as suas qualificações e dons. Consagra-se aí, em especial, o vínculo do direito ao trabalho

o processo de introdução no direito interno brasileiro pelo Decreto 3.321, de 30.12.1999 (DOU 31.12.1999).

- 17 “b) O trabalho é um direito e um dever social; conferido dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar;”
- 18 É sintomático que, na Declaração de 1998 sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, a OIT não incluiu nenhuma das Convenções que guardam pertinência mais próxima com o núcleo do direito ao trabalho, como as convenções 122 e 158 e 168. Nessa declaração, adotaram-se quatro princípios e direitos fundamentais do trabalho, correspondentes a 8 Convenções da OIT, que se consideram vinculantes de todos os países membros, independentemente de ratificação: 1) Liberdade de associação e de organização sindical e direito de negociação coletiva (convenções 87 e 98); 2) Eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório (convenções 29 e 105); 3) Abolição do trabalho infantil (convenções 138 e 182); 4) Eliminação da discriminação no trabalho (convenções 100 e 111). Destas, o Brasil ainda não incorporou ao direito interno a Convenção 87.
- 19 Ratificada pelo Brasil com o Decreto Legislativo 61, de 30.11.1966 e incorporada ao direito interno pelo Decreto 66.499, de 27.04.1970.

com o que denominamos de direito ao conteúdo do próprio trabalho, que, como se explicita adiante, constitui o cerne do sentido desse direito.²⁰

A Constituição brasileira de 1988 é igualmente enfática em assegurar a mais proeminente estatura normativa e hierarquia axiológica ao direito ao trabalho, como expressão da íntima relação que estabelece entre a dignidade humana, o valor do trabalho e os direitos e instituições que afetam a vida daqueles que vivem do trabalho. Designa o trabalho como um direito social fundamental (art. 6º) ao qual acresce, no Título dos Direitos Fundamentais, um amplo rol de direitos e garantias dos trabalhadores (art. 7º) e disposições relativas à liberdade sindical (art. 8º), direito de greve (art. 9º) e participação dos trabalhadores nos colegiados de órgãos públicos de seu interesse (art. 10) e na gestão das empresas (art. 11), além de vários dispositivos esparsos que, em maior ou menor medida, contemplam aspectos do direito ao trabalho e da proteção do trabalho em geral, concretizando-o em normas específicas ou fortalecendo o seu âmbito geral.

Tais dispositivos que consagram direitos e garantias são contextualizados, no plexo constitucional, pela atribuição, ao trabalho, da força jurídica de um valor social elevado à máxima hierarquia e que, junto com a livre iniciativa, é fundamento da República (art. 1º, IV), ao lado e intimamente ligado à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).²¹ A mesma tríade de valores fundamentais é encontrada no *caput* do art. 170, que estabelece os princípios da ordem econômica: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)”. Note-se que, sendo o trabalho uma das

20 É essencial, ainda, a adoção, pela OIT, de uma agenda macropolítica de promoção do Trabalho Decente, compreendido como “um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, sem quaisquer formas de discriminação e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho.” ABRAMO, Laís. **Trabalho decente, igualdade de gênero e raça/etnia e desenvolvimento**. Brasília, 2006, disponível em http://www.oit.org.br/prgatv/prg_esp/genero/seminariofinal/26/Lais%20Abramo.pdf. PIOVESAN, Flávia, **Direito ao trabalho decente e a proteção internacional dos direitos sociais**, Cadernos da AMATRA IV, Porto Alegre, ano VI, n. 16 (Nov. 2011), p. 20-54. Para uma análise crítica do conceito de trabalho decente da OIT, à luz do direito ao trabalho, ver WANDELLI, **O direito humano e fundamental ao trabalho**, ob. cit., p. 234-235.

21 Sobre o valor constitucional do trabalho e sua vinculação à dignidade da pessoa humana, WANDELLI, Leonardo Vieira. Valos social do trabalho e dignidade na Constituição, in CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Curso de Direito Constitucional** (no prelo).

principais expressões da dignidade humana, a ordem econômica somente se legitima à medida que estiver a seu serviço e não o contrário. Ainda, o art. 193 estabelece que a ordem social “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Por fim, o art. 205, ao estatuir a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, estabelece os fins da promoção da educação, que associam o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, ressaltando o vínculo existente entre desenvolvimento da personalidade, educação para a cidadania e qualificação para o trabalho.

Do conjunto dos enunciados constitucionais resulta consistente a afirmação de que não há como se conceber a dignidade da pessoa humana, como fundamento nuclear de todo o ordenamento jurídico, de modo tal que não contemple a intensa vinculação com o trabalho enquanto dimensão essencial dessa dignidade. No dizer de José Afonso da Silva,

isso tem o sentido de reconhecer o *direito social ao trabalho*, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).²²

Explícito, pois, o vínculo direto entre dignidade e direito ao trabalho. No discurso constitucional, o trabalho excede em muito a dimensão do ter, por meio de benefícios decorrentes da compra e venda da força de trabalho, mas diz respeito diretamente à dimensão do ser, dos aspectos mais essenciais da existência digna, a serviço da qual se coloca a ordem normativa e que se expressam no trabalho.

Pois bem, o conjunto de dispositivos constitucionais e normativas internacionais, associados à identificação doutrinária da primazia do direito ao trabalho no quadro dos direitos, levaria a se supor que daí decorreria um correspondente acervo dogmático e jurisprudencial de concretização de sua força normativa.²³ Contudo,

22 SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20a ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 288-289.

23 Compreende-se por força normativa das normas jurídico-estatais algo que abrange dois aspectos: um, que se refere ao estado de coisas de um certo grau de **efetividade social** do conteúdo das normas; outro, que diz respeito ao que o jusfilósofo alemão Friedrich Müller denomina **concretização**, ou seja, a construção social – pelos atores sociais em geral, dentre os quais os profissionais do di-

o cenário empírico jurídico atual prontamente desmente essa suposição. Sequer uma dimensão negativa do direito ao trabalho, como limite às ações do Estado potencialmente violadoras desse direito, vê-se suficientemente desenvolvida no espaço nacional, sendo escassa a produção teórica a respeito e rara a sua aparição nas decisões dos tribunais.²⁴ No âmbito da jurisprudência do STF, por exemplo, a maioria das poucas decisões que o abordam fazem referência a uma pequena fração do conteúdo do direito ao trabalho, relativo à liberdade de exercício de profissão. Se ampliarmos o questionamento para além da obrigação de proteção contra violações, incluindo as outras espécies de obrigações do Estado brasileiro para com a efetividade dos DESCs²⁵, ainda menos se encontra em termos de medidas jurídicas concretas que se destinem explicitamente a proteger diretamente o direito ao trabalho, tanto em face de violações de particulares, quanto com o fim de promover as medidas legislativas, administrativas e judiciais para sua implementação. O fato é que o STF, embora tenha desenvolvido alguns aspectos do trabalho como valor constitucional e da liberdade de trabalhar, ainda está por iniciar a tarefa de desenvolver uma doutrina do direito fundamental ao trabalho. Uma inércia jurisprudencial que inclusive contrasta com os desenvolvimentos ainda iniciais, mas relativamente expressivos, que um renovado direito constitucional, absorvido pelos demais campos do direito, vem propiciando no âmbito de outros direitos sociais, especialmente nos direitos à saúde e à educação. A percepção de que não há um abismo entre a estrutura normativa de direitos sociais e de direitos civis e políticos vem possibilitando diversos avanços na exigibilidade desses outros direitos que, contudo, não vêm alcançando o direito ao trabalho.²⁶

reito – do sentido das normas a ser considerado judicial e extrajudicialmente. Normas, assim, são resultados de processos estruturados de concretização dos textos produzidos pelo estado democrático de direito, capazes de justificar a tomada de decisão por autoridades. MÜLLER, Friedrich. **Discours de laméthodejuridique**. Paris, PUF, 1996, p. 186 e ss.

- 24 A respeito, LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- 25 A recomendação 12 do Comitê de peritos do PIDESC explicita três espécies de obrigação do Estado: a) não violar diretamente o direito; b) protegê-lo em face de violações de terceiros; e c) promover todas as medidas legislativas, administrativas e judiciais ao seu alcance para sua efetiva implementação.
- 26 Um excelente estudo dessas práticas doutrinárias e judiciais em diversos países, embora com a explícita desconsideração do direito ao trabalho, foi feito por ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechossociales como derechosexigibles**. Madri, Trotta, 2002. Contudo, já na 2ª

Fábio Konder Comparato afirma ser o direito ao trabalho “a pedra angular da construção de uma verdadeira sociedade democrática”²⁷, mas a doutrina constitucional brasileira raramente dedica algumas linhas a esse que seria o carro chefe dos direitos sociais, tanto por sua relevância teórica, quanto por sua primazia histórica.²⁸

Tem-se aí algo que nos faz refletir sobre o caráter de um constitucionalismo que não se dedica àquilo que Karl Polanyi denominou “as formas de vida do povo comum”: o trabalho.²⁹ Para o psiquiatra francês e principal referência da psicodinâmica do trabalho, Christophe Dejours, as pesquisas que essa disciplina realiza ao redor do mundo têm demonstrado a centralidade do trabalho para a subjetividade. E essa afirmação é válida para o bem e para o mal: pessoas empregadas e desempregadas têm no trabalho uma mediação crucial que pode tanto ser responsável por produzir o melhor em termos de autorrealização e construção da saúde, quanto o pior, em termos de degradação e adoecimento psíquico.³⁰

Tendo-se em conta essa “centralidade do trabalho” que confere ao trabalho uma dimensão antropológica (o que é dizer que o trabalho é indissociável da condição humana), então o direito do trabalho não pode mais ser considerado como um direito especializado. O direito do trabalho toca um direito fundamental.³¹

edição da mesma obra, de 2004, os autores passam a relatar também desenvolvimentos dogmáticos em torno do direito ao trabalho.

- 27 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 345.
- 28 Dentre as louváveis e recentes exceções da literatura constitucionalista nacional que dedicam tópico específico a respeito, estão o excelente **Curso de direito constitucional**, de SARLET, MARINONI e MITIDIERO, São Paulo, RT, 2012, p.600-604 e o didático **Direito Constitucional**, de FERRARI, Regina M. M. N, São Paulo, RT, 2011, p. 761-774, que, com razão, identifica no direito ao trabalho o paradigma de leitura dos direitos sociais.
- 29 POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier/Campus, 2012, p. 81.
- 30 DEJOURS, Christophe. **Travail vivant 1: sexualité et travail. Travail vivant 2: travail et émantipation**. Paris, Payot, 2009.
- 31 DEJOURS, Christophe. *Apresentação*, in WANDELLI, **O direito humano e fundamental ao trabalho**, ob. cit., p. 15.

No entanto, também entre os juslaboralistas pátrios se repete o mesmo quadro geral de omissão doutrinária quanto ao conteúdo do direito ao trabalho, havendo escassas referências o seu exercício no interior das relações de trabalho³² e poucas monografias dedicadas ao tema.³³

É isso a que se chama de centralidade inefetiva do direito ao trabalho. A sua centralidade normativa, conceitual e antropológica é inquestionável, mas a sua inaplicação prática é tão evidente quanto.

2. RECONSTRUIR A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO

O déficit de desenvolvimento da força normativa do direito ao trabalho pode ser atribuído a dois principais prejuízos, que constituem verdadeiros obstáculos epistemológicos a serem superados para o seu desvelamento. Ambos os argumentos se apoiam em afirmações parcialmente verdadeiras. No entanto a paralisia que deles decorre é que não se justifica. O primeiro, a afirmação de que, numa sociedade de mercado, o Estado não pode garantir um posto de trabalho a todos,³⁴ porque não seria factível nem obrigar as empresas a isso, nem o próprio Estado empregar diretamente todas as pessoas. O segundo obstáculo é o próprio esvaziamento da percep-

32 Sintomaticamente, um dos juslaboralistas nacionais mais argutos dedica excelente obra à análise dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, sem, no entanto, qualquer análise específica do direito ao trabalho. ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3ª Ed., São Paulo, LTr, 2009.

33 Dentre as exceções, que confirmam a regra, além do nosso WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**, destacam-se os trabalhos de, LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**, ob. cit., GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008. DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo, LTr, 2006. FONSECA, Maria Hemília. **O direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo, LTr, 2009. ALEMÃO, Ivan. **Desemprego e direito ao trabalho**. São Paulo, Esplanada/ADCOAS, 2002. MORAES FILHO, Evaristo de. **O direito ao trabalho**. In Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 11-16 ago. 1974, Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Asgráfica, 1974, p. 674.

34 “(...) por la simple razón de que la oferta de trabajo reside mayoritariamente en sujetos privados, cuya decisión de creación de empleo es finalmente libre y no viene determinada, sí impulsada o fomentada en su caso, por la acción de lo poderes públicos.” PALOMEQUE LOPEZ, Manoel-Carlos, Prólogo, in SASTRE IBARRECHE, ob. cit., p. 15.

ção da importância do trabalho na sociedade capitalista. Se o trabalho na modernidade é pura degradação, exploração e negação do sujeito trabalhador – e não faltam fundamentos para sustentar essa afirmação –, que “direito masoquista”³⁵ é esse de ser espoliado? O trabalho somente interessaria como via instrumental de obtenção de outros bens, sendo desprovido de um valor próprio. Assim, uma garantia de renda que dispensasse da penitência do trabalho realizaria melhor os anseios humanos que a insistência no direito a algo que não teria em si nenhum ganho antropológico a oferecer. Esses dois obstáculos desafiam o sentido da reivindicação do direito ao trabalho e paralizam o seu desenvolvimento jurídico.

Enfrentar esses dois obstáculos depende de reconstruírem-se os fundamentos do direito ao trabalho, a fim de resgatar a sua importância, vale dizer, em termos constitucionais, a sua fundamentalidade material, de um lado e, de outro, a fim de explicitar e mesmo desvelar o conteúdo desse direito que está obscurecido. Embora reconstituir esse esforço de fundamentação ultrapassaria em muito o espaço deste trabalho, cabe incorporar, aqui, os resultados da pesquisa desenvolvida em outro lugar, onde se procurou desenvolver um duplo pilar teórico, que se reporta às teorias das necessidades e às teorias da luta por reconhecimento na reconstrução dos fundamentos do direito ao trabalho.³⁶ A partir desses elementos, emerge a formulação de um desenho de nosso direito fundamental apto a resgatar a tensão entre trabalho vivo e força de trabalho subsumida ao capital, mesmo no interior das relações de trabalho existentes e no contexto normativo vigente.

Para pensarmos o que significa o caráter materialmente fundamental de um direito, uma precisão conceitual é indispensável: direitos não são fins em si mesmos. Direitos são mediações para bens³⁷ materiais e imateriais (objetos, atividades

35 A expressão é de KURZ, Robert. **O desfecho do masoquismo histórico – o capitalismo começa a libertar o homem do trabalho**. Folha de São Paulo, São Paulo, 20.07.1997, Caderno Mais. Sobre essa perspectiva, ver, ainda, o **Manifesto contra o trabalho**, elaborado pelo GRUPO KRISIS. São Paulo, Conrad, 2003. É de se considerar que a separação do campesinato de seus meios de produção, na Grã-Bretanha dos princípios da revolução industrial, a qual gerou uma súbita ociosidade que engendrou o exército de reserva de força de trabalho, também foi celebrada, à época, como verdadeira emancipação do trabalho. BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad individualizada**. Madrid, Cátedra, 2001, p. 29-30.

36 WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**, ob. cit., capítulos 1 a 3.

37 Nesse sentido, HERRERA FLORES, **Los derechos humanos como productos culturales**, ob. cit., p. 92 e ss. Embora promova a inversão de prioridade entre direitos e bens, o saudoso jusfilósofo se-

e relações). São os bens que nós obtemos por meio dos direitos e não os direitos em si, que satisfazem e transformam as nossas necessidades humanas. Isso se dá porque nós somos sujeitos corporais e necessitados. O direito, como uma produção humana, só tem sentido enquanto é uma mediação para a realização das necessidades da pessoa humana.³⁸ Por isso que nós dizemos que a dignidade da pessoa humana está acima e é o critério de hierarquização de todos os demais valores e instituições.

As necessidades determinam o marco normativo de variabilidade das opções políticas válidas e conectam à realidade da vida concreta dos sujeitos o conteúdo de grande parte dos direitos fundamentais. Explicita-se: não se pretende que a teoria das necessidades resolva todos os problemas de fundamentação dos direitos humanos e fundamentais e, ainda, todos os problemas de exigibilidade jurídica daí decorrentes.³⁹ A satisfação das necessidades não é o fundamento último, nem único, nem suficiente dos direitos e há mesmo direitos legítimos que não têm contrapartida imediata em necessidades. Mas o marco de realização das necessidades é, sim, um fundamento necessário, material e histórico de qualquer sistema normativo globalmente considerado. Tal fundamento se apoia em uma concepção objetiva de necessidades e com pretensão de universalidade, como condições sem as quais há um dano grave e permanente à participação autônoma e crítica em uma forma coletiva de vida, o que as diferencia de meros desejos, preferências, interesses ou utilidades. Mas também é uma concepção que permite criticar normativamente qualquer forma de vida que desborde dos marcos de factibilidade postos a partir da satisfação de necessidades. Consoante o sustentado, pode-se afirmar um princípio normativo de satisfação ótima das necessidades que deve estar presente, de forma necessária, mas não suficiente, na fundamentação dos direitos como um todo e em boa parte de direitos fundamentais específicos, como é o caso do direito ao trabalho, que guarda uma intensa conexão com necessidades humanas.

villano não chega a formular uma teorização explícita sobre necessidades humanas que sirvam como critério de que nem todos os bens valham igual ou sejam igualmente preferíveis, embora suas formulações induzam à necessidade de fazê-lo.

38 HINKELAMMERT, Franz e MORA JIMÉNEZ, Henry. **Hacia una economía para la vida**. San José, Costa Rica, DEI, 2005.

39 No mesmo sentido, LUCAS, Javier de; AÑÓN ROIG, Maria José. Necesidades, razones, derechos. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 7, 1990, p. 76-77.

O trabalho estabelece, com as necessidades, quatro formas de relações: **a) o trabalho é, ele mesmo uma necessidade:** o humano não se realiza sem o trabalhar, no sentido de fazer atuar, sempre de modo intersubjetivo, sua atividade humana específica, de exteriorizar-se e transformar o mundo humanizando a natureza e a si mesmo, como exercício de autonomia, do desenvolvimento da corporalidade; portanto, essa forma de ver o trabalho também significa valorá-lo como uma capacidade humana sem a qual não é possível uma vida digna;⁴⁰**b) o trabalho, sempre entendido como processo coletivo e inserido na divisão social do trabalho, também produz bens que satisfazem necessidades** dos sujeitos viventes ou servem como instrumentos de trabalho; objetos materiais ou imateriais, e ainda atividades e relações interpessoais que são valores de uso para os sujeitos; **c) a inafastável atividade do trabalho no ser social determina o caráter histórico das necessidades: mediante o trabalho, no âmbito da divisão social do trabalho, os seres humanos atualizam e criam novas necessidades,** que se adicionam ou se chocam com as existentes, exigindo novas valorações, novas relações de preferências dentro de um determinado sistema de necessidades, ou mesmo a alteração global desse sistema de necessidades; a transformação das necessidades é a transformação do próprio homem; **d) por fim, se o trabalhar é uma necessidade (a), ao mesmo tempo o trabalho, como conjunto de atividades e relações, também consiste em um bem, um valor de uso, que é diretamente satisfator de necessidades** de autorrealização e desenvolvimento da corporalidade, de conquista da saúde, de aprendizado do viver junto, de construção de vínculos de solidariedade e pertencimento, o que implica em que tenha condições de duração, intensidade, segurança acidentária e sanitária e, especialmente, de conteúdo concreto e organização coletiva capazes de favorecer a autonomia dos trabalhadores individual e coletivamente considerados, pela possibilidade de autorrealização e desenvolvimento da personalidade, de manter vínculos de cooperação, pela possibilidade de participação no controle do conteúdo dos processos de trabalho, pelo aprendizado privilegiado do viver junto e de participação em uma obra comum e pelo fortale-

40 “El valor de esa capacidad para la vida digna es lo que convierte en un derecho la posibilidad de ejercerla y en un deber político poner las condiciones para que cualquier ciudadano pueda ejercerla. El lenguaje de los derechos, para tener sentido, exige el de las *valoraciones* y las *capacidades*, concretamente la valoración de ciertas capacidades como posibilidad irrenunciable en una sociedad justa” CORTINA, Adela e CONILL, Jesus. **Cambio en los valores del trabajo.** In Sistema: Revista de Ciências Sociais, n. 168-169 (2002), p. 4.

cimento da identidade e autoestima, mediante a oportunidade de reconhecimento da contribuição singular aportada pelo trabalho realizado.⁴¹

Vivemos em um modelo de sociedade em que o acesso a uma relação de trabalho representa, para uma grande parcela da população, a única ou a principal via de se alcançarem bens essenciais sem os quais não se pode falar de vida com dignidade. Mas, como se salientou, o trabalho não é só uma mediação instrumental para a obtenção de outros bens. Sobretudo, o próprio trabalho humano é um bem com valor de uso, o conteúdo da atividade de trabalho e da organização coletiva de trabalho, como um conjunto de atividades e relações, é um bem que realiza necessidades essenciais do humano em termos de desenvolvimento da personalidade, de autorrealização, de exteriorização e humanização do mundo, de conquista da saúde, de pertencimento, de aprendizado do viver junto.

É aqui neste último ponto que entra em cheio a temática da luta por reconhecimento na perspectiva iluminada não só pela teoria social,⁴² mas sobretudo a partir das ciências clínicas do trabalho, em especial a psicodinâmica do trabalho. Para esta, o que mobiliza as pessoas a dedicarem-se ao trabalho, enfrentando os obstáculos e assumindo os riscos daí decorrentes, é a possibilidade de, ao fazer um trabalho bem feito, participando da realização de uma obra comum, reconhecer-se e ser reconhecido como alguém útil, que pertence a uma comunidade de trabalho e que deixa nela a marca da sua contribuição singular. Isso depende do olhar do outro, na forma de julgamentos de reconhecimento material e simbólico da contribuição aportada por meio do fazer. Para que a dinâmica contribuição-reconhecimento se realize, são necessárias condições relativas à atividade e à organização do trabalho, pois o reconhecimento somente é possível se há um **coletivo de trabalho** em que seja possível a dinâmica contribuição-reconhecimento.⁴³ Essas **condições** dizem respeito à possibilidade de **cooperação** entre os trabalhadores,

41 Aqui, a contribuição seminal da obra de Christophe DEJOURS. **Travail vivant 1: sexualité et travail. Travail vivant 2: travail et émancipation**. Paris, Payot, 2009. Trabalho, necessidades e reconhecimento estão indissolavelmente ligados, tanto no plano mais geral da sociedade, quanto no plano localizado da empresa.

42 HONNETH, Axel. **Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição**. In *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, v. 8, n. 1, jan-abr. 2008, p. 46-67. Idem, **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais** (trad. Luiz Repa). São Paulo, Editora 34, 2003. RENAULT, Emmanuel. **Reconnaissance et travail**, in *Travailler 2/2007* (n° 18), Paris, Martin Média, p. 119-135.

43 DEJOURS, Addendum, in LANCMAN e SNELWAR, (orgs). **Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho**. 3ª Ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro, FIOCRUZ/Paralelo 15,

transparência, confiança, solidariedade, liberdade e tempo disponível, para que se desenvolva uma prática deliberativa participativa informal de construção de acordos, arranjos normativos, regras de trabalho e de convivência e arbitramento de conflitos no trabalho, de modo a viabilizar a cooperação e a retribuição simbólica da contribuição aportada ao coletivo, na forma de reconhecimento do fazer.

Caso obliterada a dinâmica contribuição-reconhecimento, em qualquer das pontas, seja pelo impedimento a uma efetiva contribuição, seja por inviabilizadas as condições para as práticas de reconhecimento, resta abalada a construção da identidade no campo social. O sofrimento, que é inerente a toda experiência de trabalho, não ganha sentido para o sujeito e torna-se patogênico. Suicídios e as patologias do assédio no trabalho⁴⁴ são apenas as formas mais eloquentes dos sintomas de uma era em que o apagamento da solidariedade, o cinismo, a falta de confiança e a exacerbação da concorrência no mundo do trabalho estão na base da degradação da vivência social e das possibilidades de ação política.

De fato, as pesquisas das ciências clínicas do trabalho nos mostram que o trabalho, em sentido concreto, jamais é neutro em relação à saúde psíquica e tem um papel fundamental para a sociabilidade e o aprendizado político. Ele pode gerar o pior, em termos de opressão, alienação, exploração, de degradação do sujeito, de adoecimento, acidentes e de produção de uma racionalidade que gera cinismo, destrói os vínculos de solidariedade e esvazia a ação pública. Mas ele também é um mediador privilegiado para o melhor, em termos de desenvolvimento da personalidade, conquista da saúde, da autonomia, da formação de vínculos de solidariedade e de aprendizado ético e político.⁴⁵

Em virtude disso, é indispensável não se perder de vista o vínculo materialmente fundamental do trabalho com a subjetividade, com a organização social e política. É essa compreensão que nos permite buscar, do ponto de vista jurídico, o que, afinal de contas, é devido em face da consagração do direito fundamental ao trabalho.

2011, p. 85-93. Idem, A saúde mental entre impulsos individuais e requisitos coletivos, in LANC-MAN e SNEIWAR, ob. cit., p. 426.

44 Um bom estudo a respeito se encontra em POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional: identificação e prevenção**. Curitiba, UNIBRASIL (dissertação de mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia), 2013.

45 DEJOURS, *Travail vivant*, ob. cit., passim.

É claro que o direito ao trabalho expressa necessidades que não podem ser inteiramente realizadas nos limites da institucionalidade vigente. Isso lhe dá o caráter daquilo que Agnes Heller denominara de necessidades radicais, ou seja, necessidades cuja realização implica transcender a sociedade atual.⁴⁶ Contudo, daí não decorre que não haja espaços parciais de realização do trabalho como necessidade ainda nos limites das relações de trabalho assalariada e nas outras formas secundárias de trabalho que se subsumem sob o capital. São esses espaços de irreduzibilidade do trabalho vivo que possibilitam a fundamentação material de um direito ao trabalho vigente.

Primordialmente, essa centralidade do trabalho na vida das pessoas, que se pode dizer uma centralidade antropológica do trabalho, deve corresponder uma centralidade jurídica no quadro conceitual e prático do direito, como condição e expressão da dignidade. Como mediação para as necessidades humanas, o direito deve, antes de tudo, proteger aquilo que é essencial nas suas vidas e a ciência jurídica não pode alcançar essa percepção, senão em diálogo sério com as demais ciências.⁴⁷ A partir desse diálogo é que se pode afirmar o “como” o trabalho pode e deve corresponder à realização de necessidades humanas indispensáveis à vida digna.

O direito humano e fundamental ao trabalho é, então, a primeira mediação jurídica que funda o discurso do direito sobre o campo vital do trabalho, sobre os modos sociais pelos quais as pessoas aplicam e desenvolvem a suas capacidades em uma atividade produtiva com valor de uso. Em nossa compreensão, esse direito tem um caráter multidimensional, mas cujo centro, que estava oculto, se

46 HELLER, Agnes. **Teoria de las necesidades em Marx**, Barcelona, Península, 1978, p. 87-113, resgata, a partir de Marx, como a condição do trabalho na sociedade capitalista aponta para necessidades radicais de superação dessa sociedade, justamente porque, engendrando a alienação do trabalho, nega a realização das necessidades humanas.

47 Em sua célebre conferência sobre a atualidade da filosofia, de 1966, Theodor Adorno sustentava que os problemas filosóficos estavam irremediavelmente imbricados nas discussões das diversas ciências especializadas e que não lhe restava escolha senão utilizar todo o material abundante trazido nesses acirrados debates. De certa forma, pode-se sustentar que também uma dogmática jurídica pós-metafísica, por lidar com os problemas sociais vitais em nível concreto, onde a realidade se apresenta em sua inteira complexidade, tem também a obrigação de buscar a síntese das múltiplas determinações que incidem sobre a realidade concreta, alimentando os sentidos jurídicos com as questões desenvolvidas nas demais ciências, levando-as a sério, a fim de ultrapassar a mera aparência cotidiana das representações intuitivas dos fenômenos. Nada justifica o reducionismo de um saber jurídico autorreferente, que se contenta com a mera evocação mítica de conceitos fundamentais sobre a vida concreta, que constitui o seu campo de aplicação.

expressa na ideia de um direito ao conteúdo do próprio trabalho, como se explicita na sequência.

3. UM DIREITO FUNDAMENTAL MULTIMENSIONAL

Tanto direitos a bens sociais, como trabalho ou saúde, quanto direitos a bens de liberdade, como livre locomoção, por exemplo, dependem de condições fáticas de realização que implicam medidas de prestação fática e jurídica (proteção e organização) e medidas de abstenção (não obstaculizar a atuação, não violar a situação ou não afetar ou suprimir posições jurídicas existentes), que nem sempre são suscetíveis de definição precisa e se sujeitam a implementação progressiva. O ponto que aqui interessa afirmar, para o fim de definirem-se as potencialidades eficaciais do direito ao trabalho, está em que tanto direitos sociais quanto direitos civis, caso se queira continuar com essa nomenclatura tradicional, incluem, do ponto de vista subjetivo, direitos a prestações, que implicam medidas promotoras das suas condições fáticas de realização, direitos a abstenções e a medidas de proteção.⁴⁸ Desta forma, conforme observa Vieira de Andrade, em um mesmo direito fundamental podem-se encontrar combinados direitos a abstenções, direitos a prestações positivas, jurídicas ou materiais, direitos potestativos de interferir na esfera de outrem, os quais são dirigidos, na condição de sujeitos passivos, tanto ao legislador, à administração, ao judiciário ou a entidades privadas.⁴⁹ Portanto, como ressaltam Abramovich e Courtis, a disposição de um direito entre os direitos civis e políticos ou direitos econômicos sociais e culturais tem um valor meramente classificatório, mas uma conceitualização rigorosa com base no caráter das obrigações dele decorrentes, positivas, ou negativas, apresentará um gradiente contí-

48 SARLET, Ingo W. e FIGUEIREDO, Mariana, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in SARLET e TIMM, (org), **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 14.

49 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, Coimbra, Almedina, 1987, p. 188. A respeito, também SARLET, Ingo, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 166-241. ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Ob. cit., p. 19-64.

nuo, em que ora estará presente um maior grau de obrigações negativas, ora um maior grau de obrigações positivas.⁵⁰

Na verdade, como ressalta Peter Häberle, a compreensão de “um direito ao trabalho de múltiplas dimensões, com garantias conexas” e projeções sobre diversos outros direitos fundamentais e sobre vários ramos do direito ordinário, v.g.além do direito do trabalho, o previdenciário, tributário, administrativo, etc., forma uma estrutura complexa que “relativiza a dicotomia (supostamente clássica) entre os direitos de liberdade e os direitos fundamentais sociais, na mesma medida em que o ‘trabalho’ e a ‘proteção do trabalho’ penetram nas dimensões dos direitos fundamentais”.⁵¹

A Constituição de 1988 dotou de caráter formalmente fundamental o direito ao trabalho, ao passo que se encontram vigorosas razões para sustentar a sua fundamentalidade material. Daí se extrai que também o direito ao trabalho está sujeito à aplicabilidade imediata de que trata o art. 5º, § 1º, da Constituição.⁵² A circunstância de que, muitas vezes, as normas relativas aos direitos sociais se expressam em termos que podem tornar difícil a tarefa de definir o que, aqui e agora, é devido como conteúdo do direito à saúde, à educação ou ao trabalho, também é comum a qualquer outro texto normativo que, para sê-lo, precisa sempre, antes, ser interpretado, não sendo essa uma característica especial no caso dos assim chamados direitos sociais. O que essa objeção, aplicável a todos os direitos, ressalta, com razão, é que a densificação dogmática do conteúdo dos direitos constitui um dos aspectos essenciais para o desenvolvimento da sua força normativa.

Trata-se, então de compreender que, em torno de “um” direito ao trabalho, enfeixa-se, como já sugerido nos diversos dispositivos normativos internacionais referidos no primeiro tópico, um complexo de posições jurídicas subjetivas tanto de caráter prestacional (prestações fáticas e normativas⁵³), quanto de caráter defensivo, bem como direitos de proteção que veiculam os diversos aspectos de conteúdo do âmbito de proteção do direito. Da mesma forma, valorizando-se a linguagem adotada pelos órgãos de controle da aplicação de normas internacio-

50 ABRAMOVICH e COURTIS, ob. cit., p. 27.

51 HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional** (trad. Hector Fix-Fierro). México, D.F./Lima, UNAM/PUC-Peru, 2003, p. 255-256.

52 SARLET, A **eficácia dos direitos fundamentais**, ob. cit., p. 297.

53 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 428. VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 192.

nais, emanam, desse mesmo direito, obrigações ao Estado e aos particulares, de respeitar, proteger, e implementar⁵⁴, que configuram a sua dimensão objetiva.

O direito ao trabalho é um direito multidimensional que envolve diversos aspectos de conteúdo e diferentes capacidades eficaciais. Em 2005 o CDESC, da ONU, que é o órgão responsável pelo controle da aplicação do PIDESC, elaborou a Observação Geral n. 18 que descreve, embora de modo parcial, segundo segundo o que ora se sustenta, diversas das dimensões do direito ao trabalho. Esse plexo configura aquilo que Robert Alexy denomina de um “direito fundamental como um todo”, que reflete o conjunto de posições jurídicas definitivas e *prima facie* adscritas a um dispositivo de direito fundamental e relacionadas entre si.⁵⁵

Essa noção de um feixe integrado de conteúdos e de posições jurídicas parcelares constitui um elemento essencial para a efetividade do direito ao trabalho. Pode-se falar de um certo grau de efetividade atual de alguns de seus aspectos parcelares. Pense-se, por exemplo, em diversos dos dispositivos decorrentes dos incisos do art. 7º da Constituição que desenvolvem normativamente aspectos da proteção constitucional ao trabalho, como o direito ao salário mínimo (art. 7º, IV) e à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII). Mas a falta de uma dogmática globalmente compreensiva do direito ao trabalho como um todo, referido no art. 6º, faz degradar-se a sua capacidade normativa própria, para além desses segmentos mais específicos expressamente positivados. Daí que, a par desse desenvolvimento segmentado do direito ao trabalho, é indispensável uma perspectiva de conjunto, para resgatar o seu sentido de integridade que ilumina setores ainda não desenvolvidos normativamente, mediante incidência direta, assim como contribui para melhor compreender aqueles aspectos parcelares. Bem assim, torna possível atentar-se para as relações de integração com diversos outros direitos fundamentais, como o direito à saúde, direito ao lazer, direito à locomoção, direito à alimentação ou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Como ressalta Galtung, a segmentação dos direitos, sem uma perspectiva de inte-

54 Cf. as Observações Gerais n. 3 e 18 do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU. Também ABRAMOVICH e COURTIS, ob. cit., p. 31.

55 ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 240-245. Também adotando essa mesma denominação e apontando para o direito ao trabalho como feixe de posições jurídicas que se abre estruturalmente em uma dimensão objetiva e subjetiva, GOMES, Fábio, ob. cit., p. 89-95.

gração, invalida a realização das necessidades humanas a que eles se referem, pois estas não são passíveis desse fracionamento.⁵⁶

Para melhor compreender, então, esse verdadeiro “megadireito”, sem perder-se de vista tanto o aspecto de integração quanto o aspecto de especificação, três diferentes perspectivas analíticas, poderiam ser encetadas. Do ponto de vista estrutural, caberia diferenciar as dimensões objetiva e subjetiva do direito ao trabalho, o que envolve o tema dos sujeitos passivos vinculados.⁵⁷ Do ponto de vista dos seus titulares, pode-se distinguir uma dimensão individual de uma coletiva do direito ao trabalho, da qual podem ser destacadas a função limitadora e integradora do direito ao trabalho sobre o princípio de pleno emprego, a contenção e procedimentalização das dispensas coletivas e o direito a uma organização saudável do trabalho.⁵⁸ Já do ponto de vista do âmbito de conteúdo do direito ao trabalho, cumpre diferencia-lo, desde logo, de outras figuras jurídicas afins, como o dever de trabalhar, a liberdade de profissão e o direito a trabalhar, que, embora muitas vezes amalgamadas nos textos legislativos, mantendo pontos de contato com o direito ao trabalho, constituem conceitos jurídicos distintos ou parcelares, ou mesmo manifestações rudimentares ao longo do seu desenvolvimento histórico, não se reduzindo, o direito ao trabalho, a qualquer delas. Essencialmente, o “direito de trabalhar” consiste em uma degradação do direito ao trabalho, correspondendo ao direito de competir no mercado de trabalho.⁵⁹

Contudo, nos limites deste espaço, esses diversos aspectos não poderão ser desenvolvidos. Opta-se por salientar o aspecto que se considera o núcleo de sentido do direito ao trabalho, que é o que denominamos de direito ao conteúdo do próprio trabalho.

Para tanto, seria importante, primeiro, visualizarmos a figura formada pelo conjunto das diferentes posições jurídicas que podem ser adscriptas ao nosso direito fundamental. A imagem desse desenho poderia ser visualizada na forma de um cone semi-submerso, com três estágios, cada qual com um grau maior de amplitude e menor visibilidade:

56 GALTUNG, Johan. **Direitos humanos: uma nova perspectiva**, Lisboa, Instituto Piaget, 1998, p. 154-155.

57 Ver, a respeito, WANDELLI, **O direito humano e fundamental ao trabalho**, ob. cit., p. 239-247

58 Sobre os conteúdos coletivos do direito trabalho, ver WANDELLI, ob. cit., p. 258-288.

59 Idem, ibidem, p. 247-258.

A) O DIREITO AO TRABALHO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO ASSALARIADAS. Neste setor, que corresponderia à parte mais estreita e visível do direito ao trabalho, além do direito ao conteúdo do próprio trabalho, adiante explicitado, podem ser identificadas diversas outras dimensões de conteúdo construídas doutrinária e jurisprudencialmente.⁶⁰Dentre elas, ganha destaque o direito a um padrão jurídico fundamental de proteção ao trabalho; direito à proteção em face da despedida; o direito a uma organização saudável do trabalho; igualdade de tratamento nas oportunidades de trabalho; direito ao desenvolvimento profissional e de apropriação intelectual e econômica do produto do trabalho.

B) O DIREITO AO TRABALHO NAS FORMAS NÃO ASSALARIADAS DE TRABALHO. Nos termos do art. 6º da Constituição, qualquer pessoa com capacidade é titular do direito ao trabalho.⁶¹ Isso implica que não se justifica relegar à mera contratualidade civil, alijando de todo o plexo normativo de proteção ao trabalho, parcela que hoje representa em torno de 20% da população ocupada,⁶² sob formas não assalariadas de trabalhar. Isso inclui diversos dos direitos que o art. 7º, assegura a todos os trabalhadores e que não sejam exclusivamente pertinentes à relação de emprego, tais como o direito a não ser discriminado na relação de trabalho, inclusive em matéria de remuneração, na contratação ou na terminação do contrato; o direito a uma contraprestação correspondente à satisfação de um conjunto básico de necessidades que demandem custo financeiro, quando se tratar de trabalhador autônomo economicamente dependente, o que pode ser traduzido na forma de um valor mínimo por hora trabalhada⁶³; o direito à irredutibilidade da contraprestação pelo trabalho⁶⁴; direitos previdenciários e de proteção à saúde no trabalho; direito ao meio ambiente do trabalho saudável; proteção em face da automação; direitos de organização sindical e negociação coletiva; entre outros. Em

60 Para uma ampliação do exame das dimensões parcelares do direito ao trabalho no âmbito das relações assalariadas, ver WANDELLI, **O direito humano e fundamental ao trabalho**, ob. cit., p. 258-332.

61 SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, ob. cit., p. 187 e 232. GOMES, ob. cit., p. 146-149.

62 No Brasil, segundo os dados da PNAD-IBGE, a proporção de trabalhadores por conta própria não vem aumentando, nos últimos 10 anos, experimentando inclusive pequena redução, mas mantendo-se acima dos 20% da População Ocupada. <http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=2268&z=pnad&o=3&i=P>

63 Nesse sentido, DELGADO, Gabriela, **Direito fundamental ao trabalho digno**, ob. cit., p. 229.

64 Idem, *ibidem*, loc. cit.

especial, isso implica o direito a que haja uma justificativa especial para a outorga de tratamento normativo diferenciado entre as diversas formas de trabalho, notadamente para a exclusão de direitos assegurados ao trabalho assalariado.

C) O DIREITO AO TRABALHO COMO PRIMEIRO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL. Nessa dimensão, o direito ao trabalho assume criticamente a reivindicação de um direito anterior e para além de todas as formas tipicamente capitalistas de trabalhar e que surge a partir da experiência de negatividade experimentada com a expropriação e degradação do trabalho vivo. Nos dois primeiros níveis antes mencionados, cuida-se de um direito ao trabalho que pressupõe a presença ou a possibilidade de formas de trabalho inerentes ao modo de produção atual. Já neste terceiro nível, cuida-se de um direito à possibilidade de vida plena pelo trabalho não reduzido ao trabalho abstrato, o que, diante da forma social capitalista, implica uma interpelação, desde a dimensão radical do trabalho como necessidade humana, de toda a ordem societária vigente, impulsionando não só no sentido do contínuo aprimoramento de suas instituições, mas também de sua profunda transformação.

Em todas essas dimensões, o centro de sentido do direito ao trabalho está na compreensão de que aquele que trabalha tem, no trabalho, uma mediação essencial para realização das necessidades humanas e para a construção da identidade, o aprendizado ético e político, a construção de vínculos de solidariedade. Por isso, o **trabalhar**, mesmo nas relações assalariadas, assim como nas formas não assalariadas de trabalho, não é só o desincumbir-se, pelo trabalhador, da obrigação assumida pelo contrato com aquele que contratou seu trabalho. Mas é, ao mesmo tempo, nesse mesmo ato, o exercício de um direito fundamental cuja realização depende de condições que concernem ao conteúdo da atividade e da organização do trabalho, contrarrestando, juridicamente, o direito do empregador sobre essa mesma atividade e organização.

Daí que o ponto central da reconstrução do direito humano e fundamental ao trabalho está na compreensão do direito ao conteúdo do próprio trabalho.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTEÚDO DO PRÓPRIO TRABALHO

Normalmente, o direito ao trabalho é visto mais como um direito à relação contratual de compra e venda da força de trabalho, na qual o trabalho ocorre –

de onde derivam condições releventíssimas ao trabalhador – que, propriamente, um direito ao trabalho. O trabalho em si, na sua tríade relacional subjetividade – relação consigo – objetividade – relação com os instrumentos e o mundo – e intersubjetividade – relação com o outro, que é a estrutura essencial do trabalhar, parece ter sido excluído do objeto desse direito fundamental que leva o seu nome.

O que se pode chamar de um direito ao trabalho digno não pode se reduzir a um posto de trabalho em que se assegurem mínimos de subsistência e se evitem as formas mais graves de degradação.⁶⁵ Muito além disso, aquele que trabalha tem um direito ao conteúdo do próprio trabalho em sentido concreto, o que **implica condições positivas e negativas da atividade, da organização e do ambiente de trabalho necessárias a que o trabalho possa gerar o melhor, em vez de gerar o pior**. Uma dimensão fundamental da existência humana, cuja negligência denuncia qualquer sistema jurídico.

Nós nos acostumamos a pensar que aquele que trabalha tem interesse apenas nas condições e benefícios econômicas que o trabalho propicia como contraprestação. Quando muito, nós reconhecemos que o trabalho não deve ferir a pessoa física ou moralmente. Mas nós naturalizamos a ideia de que quem trabalha não tem interesse no próprio trabalho. Recebendo a contraprestação, na forma de salário e os demais benefícios e não sendo danificado pelo trabalho, o ato de trabalhar em si e a organização do trabalho interessam apenas ao empregador. É isso que consagra a noção de alteridade, ou de alienadadedo proveito abrigada pelo direito do trabalho. Quem trabalha, trabalha para o outro, não para si mesmo. Diz Pontes

65 Essa visão, em certo sentido minimalista de “trabalho digno”, substituído pelo “trabalho decente”, encontra-se expressada no parágrafo 7 da Observação Geral 18 do CDESCs da ONU, vez que o conteúdo do trabalho digno, é visto apenas em termos de limites negativos de respeito à integridade física e mental e não do ponto de vista do interesse subjetivo positivo do trabalhador quanto ao conteúdo do seu trabalho, aspetos que, por sua vez, estão presentes na Convenção 122 da OIT: “7. El trabajo, según reza el artículo 6 del Pacto, debe ser un *trabajo digno*. Éste es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del Pacto. Estos derechos fundamentales también incluyen el respecto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo.”

de Miranda: “a alienidade do proveito ou do que se espera seja proveito, põe fora do campo conceitual o que A faz para si mesmo”.⁶⁶

Com isso, nós apagamos o fato de que aquele que trabalha não só está se desincumbindo de uma obrigação de prestação que interessa ao empregador, mas, nesse mesmo ato de trabalho, no desempenhar a sua atividade que se insere na organização do trabalho, o trabalhador também está exercendo um direito fundamental. Um direito que, como visto, é absolutamente essencial para a autorrealização, o desenvolvimento da personalidade, a conquista da identidade e da saúde, para a construção de vínculos de pertencimento e solidariedade, para o aprendizado ético e político. Tudo isso acontece no trabalho e depende das condições que aí se verifiquem. Daí que o direito ao conteúdo do próprio trabalho, juridicamente falando, contra-arresta, relativiza, o direito do empregador sobre a atividade e a organização do trabalho.

Não se trata de anular o direito do empregador de organizar a produção, mas de resgatar a tensão que aí se estabelece entre os direitos de propriedade e de livre iniciativa com o direito ao trabalho e os demais direitos a ele conexos. Quem trabalha não só trabalha para outrem, mas também trabalha para si mesmo, consigo mesmo e com outrem. Daí que se sustenta que o direito ao trabalho inclui, como sua dimensão central, que afeta a compreensão de todas as demais, o direito ao conteúdo do próprio trabalho: à **atividade** e às condições da **organização do trabalho**.

Essa percepção é radical, uma verdadeira Revolução Copernicana do Direito do Trabalho, para tomar de empréstimo a célebre expressão aplicada por Luiz Edson Fachin ao Direito Civil constitucionalizado. Isto porque obriga juridicamente a abrir-se o espaço da empresa, da organização do trabalho, dos métodos de gestão e da atividade individual e coletiva de trabalho, até então reservados ao arbítrio e à soberania absoluta do empregador. Se a atividade de trabalho e a organização de trabalho, onde as pessoas que trabalham passam a maior parte do seu tempo de vigília, realizam, a par do interesse do empregador, também necessidades fundamentais protegidas pelo direito fundamental ao trabalho, recupera-se o espaço da organização do trabalho como espaço de cidadania.

Daí que, sendo o trabalhar não só o desincumbir-se de uma obrigação, mas também o exercício de um direito fundamental, o tempo e espaço humano do trabalhar, ainda que sujeito à conformação pelo empregador, não pode ser visto

66 *Apud* CHAVES JUNIOR, José E. R. Justiça do trabalho, tutela penal e garantismo. In: DELGADO, Gabriela *et al.* (orgs.). *Dignidade humana e inclusão social*. São Paulo: LTr, 2010. p. 130.

exclusivamente no interesse deste, sem conexão com as demais dimensões da vida do trabalhador e com a própria complexidade do trabalhar.

Aliás, não é no caráter negativo do trabalho sobre a corporalidade do trabalhador, no cerceamento decorrente da disponibilidade para o empregador, que se deveria fundar o conceito de duração do trabalho – o tempo de trabalho nunca deixa de ser tempo de vida do trabalhador –, mas a partir da integração da corporalidade no processo de produção material e imaterial, em seus diversos aspectos. A compreensão do tempo de trabalho como tempo à disposição do empregador ratifica a separação entre tempo de trabalho e tempo de vida, favorecendo a suspensão, durante o tempo de trabalho, do exercício do direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho. O tempo em que o empregado cumpre a sua obrigação de disponibilidade à organização produtiva deve também comportar a realização do direito fundamental ao trabalho, é um tempo de vida em que se dá a atividade laborativa que interessa tanto ao empregador quanto ao trabalhador.

Odireito ao conteúdo do próprio trabalho, assim concebido, é muito mais amplo e profundo que o direito à ocupação efetiva, consagrado no art. 4.2, a, do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, no sentido de dar trabalho e permitir sua execução normal.⁶⁷ Trata-se de uma ocupação qualificada, de modo que o trabalho seja capaz de permitir o desenvolver das capacidades humanas, em termos de conteúdo significativo, potencialidade para o desenvolvimento das próprias capacidades e dons (art. 1º da Convenção n. 122 da OIT) e que diz respeito ao conteúdo da atividade de trabalho, bem como as condições da organização do trabalho para que seja possível reconhecer-se e ser reconhecido com a contribuição dada pelo trabalho bem feito o que se sintetiza em uma “ocupação plena e produtiva, em condições que garantam as liberdades políticas e econômicas fundamentais da pessoa humana” (art. 6º do PIDESC).

Conforme demonstram os estudos das ciências clínicas do trabalho, há diversos métodos gerenciais altamente em voga nas últimas décadas que degradam

67 Para uma perspectiva restrita do direito à ocupação efetiva, ver GUANCHE MARRERO, Alberto. **El derecho del trabajador a la ocupación efectiva**. Madrid, Civitas, 1993. SASTRE IBARRECHE, **El derecho al trabajo**, ob. cit., p. 183-192. MONEREO PEREZ e MOLINA NAVARRETE, ob. Cit., p. 328-329. Reconhecendo, na literatura nacional, a obrigação patronal de “dar trabalho ao empregado e a de possibilitar a execução normal de sua prestação, proporcionando-lhe os meios adequados para isso” ver SÜSSEKIND, Arnaldo et alii. **Instituições de direito do trabalho**. 16ª ed., São Paulo, LTr, 1996, p. 256.

o trabalho como exercício de um direito fundamental.⁶⁸ Esses métodos, muitas vezes vistos como inocentes ou mesmo “modernos”, cortam o vínculo com o trabalho bem feito, ao centrarem a avaliação do trabalho apenas na performance em termos de resultados, eliminam as condições para o reconhecimento pelos pares do trabalho realizado, desmontam os mecanismos coletivos de construção de regras técnicas e éticas do ofício e degradam o tecido social e a solidariedade no interior da organização, ao promoverem a competição entre colegas, setores, filiais, ao inviabilizarem a construção de um sentido de pertencimento e a perspectiva de fazer parte da obra comum. Reside, nesses aspectos, boa parte de tudo aquilo que pode ser considerado fundamental para a pessoa humana no trabalho – a centralidade antropológica do trabalho – e que deve corresponder ao reconhecimento de seu caráter fundamental para a dignidade humana – a sua centralidade jurídica.

A partir daí, cabe desenvolver limites negativos e conteúdos obrigatórios, extraídos dos elementos de fundamentação coligidos e das normas a eles referidos. É importante compreender que esses critérios relativos ao direito conteúdo do próprio trabalho não esgotam as exigências advindas de outros direitos e deveres juridicamente reconhecidos. Há inúmeros outros conteúdos que correspondem ao âmbito de proteção dos direitos à saúde, ao meio ambiente do trabalho, aos direitos de personalidade, ao direito de não discriminação, aos demais direitos fundamentais do trabalho e direitos previstos na legislação ordinária, e também aos outros setores do direito ao trabalho que não se inserem nessa expressão específica do direito ao conteúdo do próprio trabalho. Neste, inserem-se deveres positivos e negativos da atividade e da organização do trabalho que poderiam ser assim distribuídos:

A) LIMITES NEGATIVOS AO CONTEÚDO DO TRABALHO

- Vedação de um conteúdo do trabalho com esvaziamento significativo, seja por ausência de tarefas, de utilidade das tarefas ou de total falta de controle sobre a própria atividade.

68 DEJOURS, Christophe. BÈGUE, Florence. **Suicide et travail: que faire?** Paris, PUF, 2009. SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Rio de Janeiro, Record, 2006, p. 16 e ss. Para uma ampla interpretação dos impactos dos processos de transformação ideológica no mundo do trabalho sobre o Direito do Trabalho brasileiro, RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo, LTr, 2012.

- Limites quanto à invariabilidade excessiva, ou excesso de fragmentação, sobrecarga ou extensão excessiva da jornada ou métodos de remuneração que induzam à autointensificação.⁶⁹
- Limites aos métodos de gestão e organização do trabalho que bloqueiem a cooperação entre os trabalhadores (vertical e horizontal) e com usuários e clientes (transversal) assim como métodos que inviabilizem a dinâmica contribuição-reconhecimento.
- Adequação dos limites à singularidade de cada trabalhador e ao contexto de trabalho.

B) CONTEÚDOS OBRIGATÓRIOS DA ATIVIDADE E ORGANIZAÇÃO

- Mecanismos, espaços e tempos, assim como condições de transparência, confiança e liberdade, para que haja participação deliberativa na atividade deonticaformal e informal de regulação do trabalho.
- Mecanismos adequados de reconhecimento material e simbólico da contribuição singular.

69 Recente decisão do TRT da 15ª Região reconheceu: **EMENTA: “AÇÃO COLETIVA. INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CORTADOR DE CANA. PAGAMENTO POR PRODUÇÃO. PROIBIÇÃO. SINGULARIDADE DA ATIVIDADE. POSSIBILIDADE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AO VALOR SOCIAL DO TRABALHO. (...) 3. A proibição do pagamento por produção, no caso específico dos cortadores de cana, é medida impeditiva de retrocesso social. Como é sabido, nesse caso existe um estímulo financeiro capaz de levar o trabalhador aos seus limites físicos e mentais para que, mesmo assim, aufera salário mensal aviltante e incapaz de suprir as necessidades básicas próprias e as de sua família. 4. Não se deve concluir pela proibição do pagamento por produção para todas as profissões, mas tão somente para aquelas cujas peculiaridades as tornem penosas, degradantes e degenerativas do ser humano. É o caso dos cortadores de cana, embora não exclusivamente. 5. Deve-se entender, de uma vez por todas, que o cortador de cana remunerado por produção não trabalha a mais porque assim deseja. Muito pelo contrário: ele trabalha a mais, chegando a morrer nos canaviais, unicamente porque precisa. Sua liberdade de escolha, aqui, é flagrantemente tolhida pela sua necessidade de sobreviver e prover sua família. 6. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, Fundamentos da República Federativa do Brasil, devem impedir a manutenção de uma situação que remonta aos abusos cometidos durante a 1ª Revolução Industrial, de modo que a coisificação do ser humano que trabalha nos canaviais é realidade que não se admite há muito tempo.”**TRT 15ª Região, 6ª Turma, 11ª Câmara, Proc. N°0001117-52.2011.5.15.0081, Rel. Des. Hélio Grasseli. Caberia refletir, à luz das ciências clínicas do trabalho, que a autointensificação gerada pelo pagamento por produção está associada às péssimas condições de trabalho, de modo que a intensificação resulta de uma resposta subjetiva de defesa frente à sobrecarga psíquica do trabalho.

- Um grau razoável de autonomia e flexibilidade dos procedimentos laborativos;
- Conteúdo significativo e moral da atividade a realizar e das práticas organizacionais.
- Conhecimento do conteúdo do próprio trabalho individual e coletivo.
- Perspectivas de desenvolvimento profissional.
- Condições de continuidade e integração em condições igualitárias com o coletivo de trabalho.

Esses elementos somente aparecem como mediações essenciais para as necessidades das pessoas a partir da compreensão da própria função psíquica, moral e política do trabalho e dos mecanismos que são necessários para essa função. É certo que cada aspecto acima mencionado demandaria inúmeros esclarecimentos que aqui não se terá condições de desenvolver, tratando-se mais de descortinar uma primeira percepção desse aspecto central. Abre-se aí todo um campo para novas pesquisas e trabalho jurídico em cooperação. Mas a sua simples visualização já permite projetar um amplo espectro de efetividade possível do direito ao trabalho que se encontrava obscurecido, embora para esse ponto já apontassem diversos dispositivos normativos relativos ao direito ao trabalho, mas que precisavam ser compreendidos a partir de um esforço de fundamentação mais amplo.

5. CONCLUSÃO

Em que pesem todas as limitações do campo jurídico, os três níveis do direito ao trabalho acima desenvolvidos articulam-se em uma recuperação reconstrutiva do sentido do trabalho como direito, em que as categorias jurídicas ganham em capacidade de estar a serviço da reapropriação do trabalho pelos sujeitos concretos. No lugar da figura opaca e esmaecida de um direito sempre vindicado como essencial, mas pouco definido, sugem, agora, os contornos muito mais nítidos de um verdadeiro “megadireito”. Há muito o que fazer a este respeito e aqui apenas se indicaram alguns caminhos possíveis. Mas cuida-se de dar cobro a que essa é uma tarefa da qual não estão alijados os profissionais do direito, inclusive no labor dogmático e no debate e julgamento de questões que chegam ao Judiciário. Em suma se trata de saber até que ponto se pode levar adiante e tomar seriamente a

compreensão constitucional de que o fundamento maior do direito é a dignidade das pessoas frente à cultura, às instituições, ao direito, ao mercado e não o inverso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMO, Laís. **Trabalho decente, igualdade de gênero e raça/etnia e desenvolvimento**. Brasília, 2006, disponível em http://www.oit.org.br/prgatv/prg_esp/genero/seminariofinal/26/Lais%20Abramo.pdf.
- ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid, Trotta, 2002.
- ALEMÃO, Ivan. **Desemprego e direito ao trabalho**. São Paulo, Esplanada/ADCOAS, 2002.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad individualizada**. Madrid, Cátedra, 2001.
- BAYLOS GRAU, Antonio e PÉREZ REY, Joaquín. **El despido o la violència del poder privado**. Madrid, Trotta, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** (trad. Carlos Nelson Coutinho). 10ª ed., Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- CHAVES JUNIOR, José E. R. Justiça do trabalho, tutela penal e garantismo. In: DELGADO, Gabriela *et al.* (orgs.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo, LTr, 2010, p. 126-142.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.
- CORTINA, Adela e CONILL, Jesus. **Cambio en los valores del trabajo**. In Sistema: Revista de Ciências Sociais, n. 168-169 (2002), p. 3-15.
- DEJOURS, Christophe. **Travail vivant 1: sexualité et travail. Travail vivant 2: travail et émantipation**. Paris, Payot, 2009.
- DEJOURS, Christophe. BÈGUE, Florence. **Suicide et travail: que faire?** Paris, PUF, 2009.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo, LTr, 2006.
- FERRARI, Regina M. M. N. **Direito Constitucional**. São Paulo, RT, 2011.

FONSECA, Maria Hemília. **O direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo, LTr, 2009.

GALTUNG, Johan. **Direitos humanos: uma nova perspectiva**, Lisboa, Instituto Piaget, 1998.

GIUBBONI, Stefano. **Il primo deidrittisociali. Riflessioni sul dirittoal lavoro traConstituzione italiana e ordinamentoeuropeo**. Disponível em http://aei.pitt.edu/13686/1/giubboni_n46-2006int.pdf.

GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

GRUPO KRISIS. **Manifesto contra o trabalho**. São Paulo, Conrad, 2003.

GUANCHE MARRERO, Alberto. **El derecho del trabajador a la ocupación efectiva**. Madrid, Civitas, 1993.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional** (trad. Hector Fix-Fierro). México, D.F./Lima, UNAM/PUC-Peru, 2003.

HELLER, Agnes. **Teoria de las necesidades em Marx**, Barcelona, Península, 1978.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales: crítica delhumanismo abstracto**. Madrid, Catarata, 2005.

HINKELAMMERT, Franz e MORA JIMÉNEZ, Henry. **Hacia una economía para la vida**. San José, Costa Rica, DEI, 2005.

HONNETH, Axel. **Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição**. In Civitas: Revista de Ciências Sociais, v. 8, n. 1, jan-abr. 2008, p. 46-67.

_____. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais** (trad. Luiz Repa). São Paulo, Editora 34, 2003.

KURZ, Robert. **O desfecho do masoquismo histórico – o capitalismo começa a libertar o homem do trabalho**. Folha de São Paulo, São Paulo, 20.07.1997, Caderno Mais.

LANCMAN, Selma e SZNELWAR, Laerte Idal (Orgs.). **Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho**. 3ª Ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro, FIOCRUZ/Paralelo 15, 2011.

LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

LUCAS, Javier de; AÑON ROIG, Maria José. **Necesidades, razones, derechos**. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 7, 1990, p. 55-81.

MELLO, Celso de Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

MONEREO PÉREZ, José Luiz e MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo, in MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE e MORENO VIDA (dir.), **Comentario a la Constitución socio-económica de España**, Granada, Comares, 2002.

MORAES FILHO, Evaristo de. **O direito ao trabalho**. In Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 11-16 ago. 1974, Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Asgráfica, 1974.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de laméthodejuridique**. Paris, PUF, 1996.

PIOVESAN, Flávia, **Direito ao trabalho decente e a proteção internacional dos direitos sociais**, Cader- nos da AMATRA IV, Porto Alegre, ano VI, n. 16 (Nov. 2011), p. 20-54.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier/Campus, 2012.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo, LTr, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3ª Ed., São Paulo, LTr, 2009.

SARLET, Ingo W.A **eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

SARLET, Ingo W. e FIGUEIREDO, Mariana, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in SARLET e TIMM, (org), **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008

SARLET, I.; MARINONI, L.G.; e MITIDIERO. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, RT, 2012.

SASTRE IBARRECHE, Rafael. **El derecho al trabajo**. Madrid, Trotta, 1996.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Rio de Janeiro, Record, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo etalii. **Instituições de direito do trabalho**. 16ª ed., São Paulo, LTr, 1996.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**, Coimbra, Almedina, 1987.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo, LTr, 2012.

DERECHOS HUMANOS Y CAPITALISMO: REFLEXIONES EN PERSPECTIVA SOCIO-HISTÓRICA

Manuel E. Gándara Carballido¹

INTRODUCCIÓN

La abstracción de las condiciones socio-históricas ha permitido a la ideología liberal fragmentar las distintas dimensiones que conforman la realidad social; así, ha hecho posible formular un discurso de los derechos atendiendo a aspectos estrictamente jurídicos sin tener que dar cuenta de las dimensiones política y económica.

Cuando asumimos los derechos humanos más allá de reivindicaciones específicas y nos preguntamos por las razones estructurales que hacen que en nuestra sociedad se mantengan y reproduzcan relaciones de dominio, explotación y exclusión, tenemos que preguntarnos si las formas de organización socio-económica, si

1 Activista de derechos humanos, dedicado a la educación popular en derechos humanos en Venezuela, donde ha acompañado procesos de formación y organización con comunidades de base y organizaciones sociales. Miembro de la Red de Apoyo por la Justicia y la Paz. Profesor de “Teoría tradicional y teoría crítica de los derechos humanos” en el Programa Oficial de Máster en “Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo” de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Profesor de “Derechos humanos y Cooperación para el Desarrollo” en el Máster de Desarrollo local y Cooperación Multilateral de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Licenciado en Filosofía por la Universidad Santa Rosa de Lima, Caracas, Venezuela. Magister en Filosofía de la Práctica por la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Magister en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide en Sevilla, España. Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide, en Sevilla, España.

los modelos políticos y los marcos civilizatorios, que definen determinadas relaciones sociales, contribuyen o no a la satisfacción de tales condiciones para todos y todas. Asumir críticamente los derechos humanos nos debe llevar no sólo a ver si un determinado derecho está siendo garantizado, sino a un análisis de nuestra sociedad, intentando determinar qué causas estructurales (modelo de civilización, relaciones sociales de producción, sistemas socio-culturales, formas de organización política) establecen una determinada configuración que hace imposible la vida digna para todos y todas (incluida la naturaleza). Este análisis no niega acciones específicas más sectoriales, sobre derechos concretos, pero exige una comprensión del conjunto capaz de orientar una práctica realmente transformadora.

Por ello, nos proponemos desarrollar algunas reflexiones sobre la posibilidad de sostener coherentemente derechos humanos en el marco de relaciones definidas por el capitalismo; régimen que, sin lugar a duda ha logrado establecerse como forma de organización social hegemónica en los dos últimos siglos.

1. DIBUJANDO EL CAMPO DE NUESTRA DISCUSIÓN

Si bien una fórmula mínima de capitalismo le reconoce asentado sobre el principio de la acumulación ilimitada de capital a partir de una clara asimetría de poder en las relaciones entre quienes detentan los medios de producción y quienes han de subordinarse a estos primeros, dado que solo pueden ofrecer su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración salarial,² consideramos que el capitalismo no debe ser considerado solo como un sistema económico, tal y como hace el análisis clásico de la economía política, ni tampoco como un sistema cultural, en la línea de los estudios poscoloniales anglosajones. Como propone el grupo de investigación modernidad/colonialidad asumimos el capitalismo como una “*red global de poder*” que integra procesos tanto económicos como políticos y culturales.³ Esta integración de las distintas dimensiones en un único sistema de poder

2 Cfr. RAMOS FILHO, W. y MARQUES DA FONSECA, M. Capitalismo descomplexado e duração do trabalho. En: **Trabalho e regulação no Estado Constitucional. Volumen III.** (Wilson Ramos Filho, coordinador). Coleção Mirada a Bombordo. Traducción propia. Curitiba: Juruá, 2011, p. 234.

3 Cfr. CASTRO-GÓMEZ, S y GROSGOQUEL, R. Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico. En Prólogo de **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global.** (Compiladores Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel). Bogotá: Si-

queda patente al analizar las formas en que la modernidad y el capitalismo, siendo procesos históricos con un origen distinto, se fueron integrando y reforzando mutuamente.⁴ En ese sentido, Arturo Escobar plantea la necesidad de comprender la economía occidental como una institución de la que no solo forman parte los sistemas de producción, sino también, desde finales del siglo XVIII, los sistemas de poder y significación, estando los tres unidos al desarrollo del capitalismo y la modernidad, debiendo ser entendidos como formas culturales. La economía, por tanto, debe reconocerse en su capacidad para producir una determinada forma de ser humano (como sujeto productivo) y un tipo específico de orden social.⁵

El proceso histórico que venimos describiendo asume una condición extrema a partir de la universalización de la forma mercantil y de la sujeción de las normas jurídicas a las exigencias del mercado propias del actual proceso de globalización capitalista del sistema neoliberal. En ella, se establece una sensibilidad jurídica capaz de sacralizar tanto la productividad como la eficacia económica, a la vez que logra que se asuman como naturales los imperativos requeridos por la acumulación privada de capital.⁶ Tal y como la describe Herrera Flores:

Esta nueva fase de la economía neoliberal globalizada se caracteriza, básicamente, por tres fenómenos. En primer lugar, por la ampliación constante de las fronteras de la acumulación capitalista (el trabajo productivo, el ocio, los conocimientos tradicionales). En segundo lugar, por la contaminación e impregnación de lo humano de las exigencias morales de dicha acumulación: competitividad, consumismo, egoísmo “racional”, individualismo, etc. (es decir, por la co-

glo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007, pp. 17-18.

- 4 Cfr. SANTOS, B. Os direitos humanos na pós-modernidade. En **Oficina de CES** N° 10. CES, junho 1989. En línea: http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/1097_Oficina%20do%20CES_10.pdf Consulta realizada el 29 de marzo de 2013.
- 5 Cfr. ESCOBAR, A: Encountering Development. *The Making and Unmaking of the Third World*, Princeton University Press, Princeton, 1995. (Edición en español: *La invención del Tercer Mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo*, Editorial Norma, Bogotá, 1998).
- 6 Cfr. GALLARDO, H. Derechos humanos y globalización en América Latina. Entrevista de Jürg Schiess para ILSA, 4 de junio del 2007, p. 3. En línea: http://heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com_content&task=view&id=43&Itemid=9. Consulta realizada el 28 de marzo de 2013.

lonización economicista de los mundos vitales). Y, en tercer lugar, por la imposición de todas estos fenómenos en todas las escalas en que la vida y la productividad humanas se despliegan *como si* fueran procesos “naturales” e irreversibles (lo que, en otros términos, podríamos definir como la globalización del particularismo del capital a todo nuestro universo).⁷

El mercado, como sistema de competencia, genera así unos modelos de relación social que se introducen como una sensibilidad en los sujetos, definiendo un horizonte de sentido⁸, de forma tal que no deciden únicamente sobre los productos y las formas de producción, sino también sobre los productores y su vida.⁹ Es por ello que el sociólogo Edgardo Lander afirma que las alternativas que se quieran generar al sistema capitalista “*requieren no sólo alternativas a los patrones de propiedad y de consumo de esta sociedad, sino igualmente alternativas a su cosmovisión, sus subjetividades, a sus modos de conocer y de producir.*”¹⁰

Todo este proceso histórico acontece, con el agravante de que el mercado, sustentado en la absolutización de la racionalidad instrumental y la lógica de propio beneficio, se ha constituido en un automatismo que produce riqueza destruyendo las bases de toda riqueza: el hombre y la naturaleza.¹¹ El mercado, convertido en absoluto, se transforma de esta manera en la mayor amenaza a la sostenibilidad de la vida.

7 HERRERA FLORES, J. Prólogo al libro de Boaventura de Sousa Santos. **Foro Social Mundial. Manual de uso**. Barcelona: Icaria, 2005.

8 En relación con el capitalismo como *orden* que implica además del sistema económico, una estructura social, un modelo de cultura y una estructura política, puede verse la obra de Roger Garaudy. **La alternativa**. Madrid: EDICUSA, 1973, pp. 63-64. Sobre el desarrollo y contenidos del capitalismo, véanse el texto de Kart Polanyi. **La gran transformación. Crítica del liberalismo económico**. Madrid: La Piqueta, 1997; también HINKELAMMERT, F y MORA, H. **Hacia una economía para la Vida**. San José: DEI, 2005.

9 Cfr. HINKELAMMERT, F. El mercado como sistema autoregulado y la crítica de Marx. En: **El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido**. Heredia: EUNA, 2003, p. 238.

10 LANDER, E. ¿Reinventar el socialismo? En: **Alternativas. Revista de análisis y reflexión teológica**. Año 19, N° 43, enero-junio 2012. Managua: Editorial Lascasiana, p. 38.

11 Cfr. HINKELAMMERT, F. El mercado como sistema autoregulado y la crítica de Marx. En: **El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido**. Heredia: EUNA, 2003, p. 249. En este argumento, Hinkelammert sigue de cerca al propio Karl Marx: Marx, K. *El Capital*, FCE, I. p. 423/424.

Nuestras sociedades de mercado están conformadas por sujetos aislados, que además se perciben entre sí como competidores que deben orientarse por el logro del máximo beneficio personal. En ellas, el consumo (o al menos la expectativa de consumo, cuando consumir no es posible) se convierte en “*lugar estructural y autónomo de relaciones sociales, una forma nueva de poder, de derecho y de conocimiento.*”¹² En este “horizonte de sentido”, en el marco de este sistema societal, acontece el régimen civilizacional que Boaventura De Sousa Santos ha definido como fascismo social, caracterizado por diversas formas de marginación (apartheid social, fascismo de la inseguridad, fascismo paraestatal, fascismo financiero...) de extensas masas de población que quedan excluidas de toda forma de contrato social: jóvenes de guetos urbanos populares, campesinos, trabajadores del posfordismo, etc.¹³

Ante este panorama, los desafíos teóricos y prácticos (siempre entendidos como dimensiones de la praxis humana, no como momentos separados), son de inmenso calado; se necesita desnaturalizar las supuestas evidencias que el capitalismo ha logrado instalar como forma de pensamiento; se requiere imaginar alternativas concretas que permitan anudar el lazo social sobre la base de otro metabolismo que no sea el del capital. Tal tarea, para que sea real y efectiva, solo será posible en el diálogo permanente entre los actores sociales que la habrán de llevar a cabo.¹⁴ Por eso, las reflexiones que siguen pretenden ofrecer algunos aportes para pensar y actuar una teoría anticapitalista de los derechos humanos.

2. NECESIDAD DE UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA CAPAZ DE RECUPERAR LA ECONOMÍA POLÍTICA

Reconocer que la lucha de los derechos humanos va más allá de su mero reconocimiento formal en los marcos normativos, atendiendo a la construcción de

12 SANTOS, B. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003, p. 315.

13 Cfr. SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá, 2009, pp. 560 y ss. También SANTOS, B. *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social*. Colección En Clave de Sur. 1ª ed. Bogotá: ILSA, 2003, p. 83

14 Cfr. GRUNER, E. En *Cuaderno de Pensamiento Crítico Latinoamericano* N° 44. Año 4. 15 de octubre de 2011.

reales condiciones de vida digna en los diversos contextos en que las personas y los pueblos realizan sus proyectos vitales, exige recuperar el análisis crítico de la economía política en la comprensión de los derechos. Es falso todo intento por construir sociedades que reconozcan y se orienten por la vigencia de los derechos, si tales intentos no asumen lo económico como una instancia imprescindible.¹⁵ No habrá garantía posible de derechos humanos sin transformaciones profundas a nivel económico, pues dichas transformaciones son parte de sus condiciones de posibilidad.¹⁶

En cuanto la economía política se interesa por el problema de la reproducción de los factores de la producción, fuerza de trabajo y capital, por ejemplo, esta reproducción se constituye en matriz de la asignación óptima de los recursos sociales. Diciéndolo esquemáticamente, una economía política determinada puede privilegiar la reproducción del capital, otra la de la fuerza de trabajo y una tercera la del ser humano... Desde luego, una política económica puede invisibilizar ideológicamente su referente en la economía política, pero esta invisibilización trae consigo la desaparición, también ideológica, del ser humano y de sus responsabilidades como sujeto. Se advierte aquí que la matriz que afirma la reproducción de la vida humana y de la Naturaleza y hace de toda otra decisión social funciones de esta reproducción, constituye la matriz óptima para imaginar, pensar y luchar por derechos humanos.¹⁷

El discernimiento crítico de los modelos económicos, un ejercicio necesariamente atravesado por opciones de carácter ético y político, permite desnaturalizar supuestas posiciones “necesarias e ineludibles” en las formas de asignar los recursos en nuestras sociedades, identificando en ella también presupuestos y opciones que han sido interesadamente invisibilizadas. En este sentido, es preciso

15 Cfr. HINKELAMMERT, F. Con los pobres de la tierra quiero yo mi suerte echar. Lilia Solano entrevista a Franz Hinkelammert. Mimeo, p. 75.

16 Cfr. HINKELAMMERT, F. y MORA, H. **Hacia una economía para la vida**, p. 347. En Línea: <http://www.pensamientocritico.info/libros/libros-de-franz-hinkelammert.html?start=15>. Consulta realizada el 30 de marzo de 2013.

17 GALLARDO, H. **Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos**. (David Sánchez Rubio, editor). Murcia, 2008, p. 288.

afirmar que cualquier propuesta de política económica, y de economía política en general, que desconozca la centralidad de las necesidades humanas y de las formas de organización social posible para atenderlas, establece y refuerza dinámicas discriminatorias, autoritarias, totalitarias y de exterminio de lo humano y la naturaleza.¹⁸ En función de ello, afirmamos la contradicción entre los procesos de acumulación irrestricta de capital, base de la propuesta capitalista, y la asunción de derechos humanos entendidos desde el pensamiento crítico.

El discurso y configuración de las prácticas de los derechos humanos pueden responder de manera diversa a la consolidación del capitalismo; bien resultando funcional a él, bien reaccionando de manera contundente contra su lógica de exclusión y explotación de grandes sectores de la población. De hecho, el proceso histórico de conformación del capitalismo puede ser leído a partir de sus consecuencias en la configuración de los derechos humanos. Veamos al respecto el planteamiento de Santos:

Desde meados do século XVIII, a trajetória da modernidade está vinculada ao desenvolvimento do capitalismo nos países centrais, o que pode ser ilustrado também no campo dos direitos humanos... Um tanto esquematicamente pode dizer-se que o primeiro período é o período da expansão e consolidação dos direitos civis e políticos pois, como é sabido, a componente democrática do Estado liberal começou por ser muito ténue e só se foi ampliando em consequência das lutas sociais conduzidas pelos trabalhadores, as quais, de resto, embora características deste período, continuaram sob diferentes formas nos períodos seguintes. O segundo período, o período do capitalismo organizado, é um período dominado pela conquista dos direitos sociais e económicos, a segunda geração dos direitos humanos, e a forma política do Estado em que se veio a traduzir é o Estado-Providência ou o Estado social de direito. Por fim, o terceiro período, que estamos a viver, é um período complexo pois se é certo que nele se tem vindo a pôr em causa os direitos conquistados no período anterior, os direitos sociais e económicos, por outro lado, tem-se vindo a lutar, e nalguns países com algum êxito, pelo que se poderia con-

18 Cfr. GALLARDO, H. **Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos**. Quito: Escuela de formación de laicos y laicas. Vicaría Sur Servicio Justicia y Paz (Serpaj), 2000, p. 28.

siderar a terceira geração de derechos humanos, os derechos culturais, pós-materialistas, anunciadores de modos de vida alternativos (ecológicos, feministas, pacifistas, anti-racistas, anti-nucleares).¹⁹

En el actual “orden” mundial, en el que la estructura económica capitalista predomina y ordena sobre las demás estructuras sociales, buena parte de los marcos normativos son definidos en función de la dinámica de acumulación del capital.²⁰ Ante el “orden” gestado desde el capitalismo globalizado, necesitamos reconocer el papel que viene jugando el discurso de los derechos, e identificar las potencialidades de otro discurso que recoja y anime otras prácticas.

Un orden social sostenido sobre la base de la acumulación de capital, que legitima, por tanto, relaciones asimétricas en el acceso a la propiedad, en el manejo de la información, en la construcción de conocimiento y en el control de las condiciones necesarias para vivir dignamente, debe, con justa razón, calificarse como estructuralmente contrario a derechos humanos.²¹ Su lógica de base configura una sociedad conformada por “vencedores y perdedores estructurales”, respectivamente justificados y culpabilizados gracias a su aparato ideológico. Resulta evidente el carácter profundamente antidemocrático de semejante forma de organización de la vida en sociedad; si optamos, como de hecho lo hacemos, por radicalizar la democracia en los diferentes órdenes de la vida, eso se debe traducir en la exigencia de democratizar el poder en los distintos ámbitos y transformar así las relaciones económicas, la configuración cultural y la organización política.²²

Por todo ello, afirmamos que en la construcción de la realidad llevada adelante desde la ideología capitalista, solo podrán afirmarse derechos humanos de

19 Cfr. SANTOS, B. Os direitos humanos na pós-modernidade. En *Oficina de CES* N° 10. CES, junho 1989. En línea: http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/1097_Oficina%20do%20CES_10.pdf Consulta realizada el 29 de marzo de 2013.

20 Cfr. SENENT DE FRUTOS, J. El método de la historización de los derechos humanos. En *Biblioteca latinoamericana de Derechos Humanos*. S. Leopoldo: Ed. Nova Harmonia, 2012, pp. 13-14.

21 Cfr. GALLARDO, H. *Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*. (David Sánchez Rubio, editor). Murcia, 2008, p. 48.

22 Red de Apoyo por la Justicia y la Paz. Sistematización del taller “Socialismo y Derechos Humanos”. Material mimeográfico.

forma aleatoria, fragmentaria y restringida para los victoriosos;²³ hay una negación estructural (insistimos en este adjetivo) de la posibilidad de un ejercicio de derechos a partir del cual todas y cada una de las personas puedan proponerse y hacer posible horizontes de humanización desde sus contextos específicos. El proyecto de los derechos humanos es, pues, impracticable, desde este horizonte civilizatorio.²⁴ Así lo recoge el profesor Helio Gallardo:

La acumulación de capital no puede ser matriz de derechos humanos universales por diversos motivos de los que indicaremos tres: contiene una lógica de discriminación que produce ganadores y perdedores; reifica mercantilmente la experiencia humana reduciendo la plenitud posible de esta experiencia a consumo u opulencia; propone un orden absoluto desde el que se puede agredir la diversidad humana o sus experiencias individuales diversas.²⁵

Pero, no nos equivoquemos, la estrategia del sistema capitalista globalizado, el neoliberalismo, no pasa por negar los derechos humanos, por el contrario, se propone mundializarlos, siempre que antes logre instalar una concepción de los mismos que resulte compatible con su lógica, sus intereses, su concepción de ser humano, de mundo y de sociedad. Ella propondrá un ejercicio de los derechos centrado en la ficción jurídica de un supuesto individuo abstracto del que se dice no está determinado por ningún rasgo identitario específico, pero que en realidad responde al muy específico modo de ser humano del hombre propietario burgués occidental blanco.²⁶ “Son los derechos que garantizan la protección jurídica de las manifestaciones jurídicas del señorío autónomo, racional y posesivo de la personalidad de cada individuo: los derechos del individuo propietario li-

23 Cfr. GALLARDO, H. **Derechos humanos como movimiento social**. Colombia: Ediciones desde abajo, 2006, p. 57.

24 Cfr. SENENT DE FRUTOS, J. El método de la historización de los derechos humanos. En **Biblioteca latinoamericana de Derechos Humanos**. S. Leopoldo: Ed. Nova Harmonia, 2012, p. 16.

25 GALLARDO, H. **Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos**. (David Sánchez Rubio, editor). Murcia, 2008. pp. 22-23.

26 Cfr. FARIÑAS DULCE, M. **Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal**. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005, p. 109.

bre.”²⁷ Se platea, pues, una tendenciosa homogeneización del modelo antropológico, reduciendo el ser humano a este individuo ideológicamente configurado, pretendiendo universalizar el tipo local específico que subyace a la propuesta civilizatoria capitalista.

Pero la estrategia neoliberal, en su reconfiguración de los derechos humanos, da un paso más, de no poca significación y consecuencia: le reconoce “personalidad jurídica” a las empresas y corporaciones transnacionales, de manera tal que son asumidas como sujetos jurídicos.²⁸ De esta forma, “*los derechos del mercado (derechos humanos de las personas jurídicas y colectivas, empresas) sustituyen a los derechos humanos (derechos humanos de las personas corporales).*”²⁹

Así, se pone en marcha una reinterpretación de los derechos humanos, transformándolos en un gran correlato de derechos de propiedad. Todo, incluido el ser humano, es visto como propiedad, y por tanto como algo transable, quedando el ejercicio de los derechos reducido al cálculo de utilidad en función del criterio de la maximización del beneficio.³⁰ En la forma de organización capitalista, hoy ya imperante, el mercado se constituye en el centro de la sociedad y la legalidad se establece a partir de la relación contractual entre individuos, protegiendo, fundamentalmente la propiedad y el estricto cumplimiento de los contratos. Desde este principio se configura la libertad; libertad es libertad para contratar, y consumir.³¹

Por su parte, los derechos de carácter redistributivo, de sentido igualitario, son descartados, negados en su condición de derechos.³² Para esta narrativa, los derechos conocidos como económicos, sociales y culturales son entendidos como distorsión y obstáculo al libre desenvolvimiento del mercado; son contrarios a “la” (su) racionalidad económica y, por tanto, son descartados. Nuevamente la estrate-

27 Ibidem, p. 104

28 Cfr. Ibidem, p. 103.

29 HINKELAMMERT, F. y MORA, H. **Coordinación Social del trabajo, mercado y reproducción de la vida humana. Preludio a una teoría crítica de la racionalidad reproductiva.** DEI: San José de Costa Rica, 2001, p. 321.

30 Cfr. HINKELAMMERT, F. En Entrevista a Franz Hinkelammert, realizada en San José de Costa Rica, en diciembre de 2010, por Estela Fernández Nadal y Gustavo David Silnik. Mimeo, p. 8.

31 HINKELAMMERT, F. **La maldición que pesa sobre la ley. Las raíces del pensamiento crítico en Paulo de Tarso.** San José de Costa Rica: DEI, 2010, pp. 296-298.

32 Cfr. FARIÑAS DULCE, M. **Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal.** Madrid: Biblioteca Nueva, 2005, p. 108.

gia pasa por simplificar para generalizar una alternativa, su alternativa: su racionalidad se presenta como “la” racionalidad. Frente a ello, un pensamiento crítico debe visibilizar las consecuencias de esta práctica y desestabilizar los discursos que pretenden legitimarla, haciendo ver que tal racionalidad, la inherente al modelo capitalista, no se corresponde con un orden natural y objetivo de las cosas, no es ni universal ni necesaria, no es reflejo de ningún tipo de relacionamiento original del ser humano; es, sí, una construcción social que, por tanto, está sometida al discernimiento de los actores sociales en su quehacer socio-histórico.³³ Veamos entonces algunos aportes que pueden ser útiles para la construcción de ese pensamiento.

3. ALGUNOS CRITERIOS Y PRINCIPIOS ORIENTADORES

Frente a una concepción de los derechos reductivamente formalista, capaz de afirmar derechos haciendo abstracción de las condiciones concretas en que los seres humanos viven, necesitamos construcciones teóricas que integren en su discurso la gestación de condiciones que hagan posible transformar los impedimentos socio-históricos que en cada caso concreto las personas y los pueblos requieren enfrentar para así poder acceder a las diferenciadas formas de vida digna. Se tratará de una construcción que, sin pretender establecer de antemano cuáles han de ser esas condiciones y las capacidades necesarias para enfrentarlas, permita reconocer y animar alternativas frente a los múltiples mecanismos y estructuras de subordinación que la dinámica sociopolítica plantea, fundadas en las asimetrías de poder.

En ese sentido, consideramos de gran provecho el Criterio de Riqueza Humana formulado por Joaquín Herrera Flores como parte de su teoría de derechos humanos. Dicho criterio plantea la necesidad de que los seres humanos, individual y colectivamente, estén en condiciones de reaccionar frente al entorno de relaciones en que viven, contando con los recursos materiales e inmateriales necesarios para poder formular y construir mundos de vida a partir de sus particulares y diferenciadas concepciones de dignidad. Así, el elemento paradigmático de los derechos humanos lo conformaría “*la facultad para gozar del desarrollo de las capacidades*

33 Cfr. GALLARDO, H. *Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*. (David Sánchez Rubio, editor). Murcia, 2008. pp. 22-23.

*humanas objetivadas social e institucionalmente y para apropiárselas, es decir, para ponerlas en práctica siempre de un modo renovado.*³⁴

Coherentemente con su afirmación de los derechos humanos como productos culturales a través de los cuales se restablece el circuito de reacción cultural frente a aquellos contextos socio-históricos que niegan el acceso a los bienes, tanto materiales e inmateriales, necesarios para la vida humana, el Criterio de Riqueza Humana ofrece un postulado concreto de acción:

Actúa de tal modo que las consecuencias de tu ‘antagonismo’ frente a los procesos de división social, sexual, étnica y territorial del hacer humano tiendan a la construcción positiva de condiciones reales y concretas que permitan a los seres humanos poder llevar adelante sus vidas accediendo igualmente a los bienes necesarios para vivir una vida digna de ser vivida.³⁵

Se presenta así un abordaje material de los derechos humanos que incluyendo lo particular-concreto de cada contexto, reconociéndolo y valorándolo en cuanto tiene de condición de posibilidad para impulsar procesos de transformación, apunta al mismo tiempo a un criterio universalizable. A partir de este criterio, se plantea la lucha por los derechos humanos como lucha por la creación de condiciones para que cada actor social pueda definir y desarrollar su proyecto personal y colectivo de vida humana, con lo que formula una propuesta de segundo orden, evitando posiciones paternalistas que sustituyan la autonomía de los sujetos y presupongan los proyectos de vida a que se debe aspirar. Por eso, Herrera llega a plantear que lo único que debe ser universalizado es el empoderamiento de los sujetos para que puedan reaccionar frente a su entorno de relaciones y construir así sus diferenciados proyectos de vida digna, pero desde una concepción de dignidad que se entiende de manera diferenciada en cada contexto cultural, ético, social y político.³⁶

34 HERRERA FLORES, J. *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*. Madrid: Tecnos, 1989, p. 126.

35 HERRERA FLORES, J. *Los derechos humanos como productos culturales*. Catarata, Madrid, 2005, pp. 80-81.

36 Cfr HERRERA FLORES, J. *Los derechos humanos como productos culturales*. Catarata, Madrid, 2005.

En el mismo horizonte al que apunta el Criterio de Riqueza Humana formulado de Herrera, Helio Gallardo plantea el Principio de Agencia Humana como parte de su pensamiento crítico en derechos humanos, entendiendo por ella la capacidad humana de producir realidad y dotar de carácter el quehacer en entornos no totalmente controlables. Tal noción se encuentra directamente vinculada con el planteamiento que este autor hace de derechos humanos. Para Helio Gallardo:

Derechos humanos tienen como referente básico la vocación de autonomía de los sujetos sociales como matriz de autonomía de los individuos o personas. Guardarían relación con la capacidad que el ser humano tiene y debe tener como sujeto para dotar de carácter a sus propias producciones en entornos que no domina completamente y, también, estarían vinculados con la disposición de denunciar y luchar contra cualquier situación que imposibilite esta capacidad de crear, significar y resignificar a las instituciones socialmente producidas.³⁷

Ambas propuestas establecen que todo ser humano, en virtud de su propia diferencia, debe tener la capacidad de reaccionar frente a su entorno, dotando de sentido su propia realidad. Consideramos que tanto el Criterio de Riqueza Humana como el principio de Agencia Humana ofrecen un basamento sólido a partir del cual formular un discurso de derechos humanos que responda a los desafíos que el actual orden social capitalista y su modelo civilizatorio nos presenta.

Considerar los derechos humanos desde esta recuperación de la economía política, permite comprenderlos desde las luchas sociales en el marco de sociedades con relaciones socio-económicas asimétricas y conflictivas, logrando dar cuenta de la relacionalidad propia del ser humano como ser social.³⁸

La exposición de estos criterios y principios, si bien no puede ser considerada como una formulación teórica completa ni acabada, responde al actual estado de cosas que necesitamos transformar. En esa línea argumentativa, esta forma de comprender los derechos humanos impulsa a crear condiciones que permitan fre-

37 SÁNCHEZ RUBIO, D. Contra una cultura estática de derechos humanos. En *Crítica Jurídica* N° 29. Enero-junio, 2010, p. 225.

38 Cfr. GALLARDO, H. *Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*. (David Sánchez Rubio, editor). Murcia, 2008, pp. 289-290.

nar el automatismo del mercado irracionalmente absolutizado; un mercado que se reproduce a sí mismo sin otro criterio que la máxima eficiencia económica; lo que es contrario a la creación de condiciones que permitan una vida digna para todos y todas. En sintonía con estos planteamientos, Herrera Flores concibe los derechos humanos como “*medios discursivos, expresivos y normativos que pugnan por reinsertar a los seres humanos en el circuito de reproducción y mantenimiento de la vida, permitiendo abrir espacios de interpelación, de lucha y reivindicación.*”³⁹

Pero hacer frente a este desafío e impulsar las transformaciones necesarias, exige controlar los distintos poderes, tanto públicos como privados. De entre los distintos poderes fácticos que ponen en riesgo los derechos humanos, a continuación nos centraremos en la necesidad de control sobre las burocracias privadas que controlan los mercados; algo que Franz Hinkelammert plantea sin dejar lugar a dudas:

Hoy, en efecto, los derechos humanos centrados en la propiedad privada tornan imposible el control del poder que nos domina, en vista de que las burocracias privadas afirman su poder en nombre de estos derechos humanos. La propiedad privada, como derecho humano central, destruye a la propia democracia liberal... En la actualidad, el único control posible de las burocracias privadas pasa por la intervención de los mercados, intervención que la burocracia privada declara ilegítima en nombre de su comprensión de los derechos humanos.⁴⁰

En opinión de Hinkelammert, no es posible hablar de derechos humanos sin asumir la necesaria intervención sistemática en los mercados.⁴¹ Así, pues, en contra del mito de la capacidad de los mercados para autoregularse, no podemos hablar de democracia económica sin asumir la intervención sistemática en los mercados donde ello sea necesario en función de asegurar las condiciones necesarias para vi-

39 HERRERA FLORES, J. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. En **El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal**. (Ed. Joaquín Herrera Flores). Bilbao: Desclée De Brouwer, 2000, p. 78.

40 HINKELAMMERT, F: **El asalto al poder mundial y la violencia sagrada del Imperio**. San José de Costa Rica: Departamento Ecuménico de Investigaciones, 2003, p. 27.

41 Cfr. HINKELAMMERT, F. Con los pobres de la tierra quiero yo mi suerte echar. Lilia Solano entrevista a Franz Hinkelammert. Mimeo, p. 77.

vir con dignidad. Necesitamos, por tanto, preguntarnos con qué recursos contamos o podemos contar para ejercer este poder. Del conjunto de herramientas de lucha, queremos a continuación preguntarnos por el papel que el Estado puede cumplir.

4. REINVENTAR EL ESTADO PARA CONTROLAR LOS PODERES FÁCTICOS PRIVADOS

Participamos de un momento histórico en el que es explícito el debate sobre el papel del Estado; la definición de su rol en los procesos sociales es un campo de disputa.⁴² Por ello, la puesta en marcha de procesos de transformación social que hagan efectivo el disfrute de derechos humanos obliga, entre otras acciones necesarias, al discernimiento del Estado como institución central de la actual forma de organización socio-política.

Contra el discurso que presenta a la globalización neoliberal en el intento por hacer desaparecer el Estado, es preciso percatarse que en lugar de disolverlo lo que ésta pretende es transformarlo en función de sus intereses. En lugar de desregulación lo que está aconteciendo es una re-regulación que tiene como eje las reglas que el capitalismo requiere para intensificar su acción; en ello, el papel del Estado es fundamental, para controlar a la población, para poner lo público al servicio de los intereses privados.⁴³ De tal manera que en lugar de una crisis del Estado, a lo que nos enfrentamos es a la tentativa de transformación del modelo de Estado hasta ahora conocido para ajustarlo a las demandas del capital globalizado; el nuevo tipo de Estado propuesto por los mentores del discurso capitalista se articula de forma directa con el mercado.⁴⁴

Sin embargo, el Estado, dependiendo de cómo se configure, puede ser de gran significación en la construcción de alternativas contra-hegemónicas. A pesar de las resistencias que al interno de la tradición crítica se han tenido a la figura del

42 Cfr. SANTOS, B. *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social: encuentros de Buenos Aires*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2006, pp. 57.

43 Cfr. HINKELAMMERT, F. Percepciones y marcos categoriales de lo político. Entrevista de Germán Gutiérrez. en *Itinerarios de la razón crítica: Homenaje a Franz Hinkelammert en sus 70 años*. (Editores: José Duque y Germán Gutiérrez), DEI, San José, Costa Rica, 2001, pp. 197-198.

44 Cfr. SANTOS, B. *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*. Buenos Aires: CLACSO, 2008, p. 259.

Estado, las últimas experiencias, particularmente en algunos países de América Latina (Venezuela, Ecuador, Bolivia...), obligan a revisar su capacidad potencial en estos procesos.

Ciertamente la configuración del Estado tal y como le conocemos responde fundamentalmente a los intereses de los sectores sociales con mayor poder; sin embargo, no debemos obviar que su configuración también es producto de luchas llevadas adelante por diversos sujetos populares intentando superar situaciones de subordinación y exclusión. Es decir, en nuestro análisis crítico del Estado es preciso el cuidado necesario para no cometer la injusticia de invisibilizar los logros de las luchas populares, que también están presentes, aunque no sea una presencia preponderante a lo largo de la historia. Al respecto, resulta lúcida la consideración de Nicos Poulantzas cuando, en una formulación más compleja que acá recogemos de manera sucinta, entiende que el Estado materializa la condensación material de una correlación de fuerzas presentes en la sociedad.⁴⁵ Miriam Lang lo desarrolla en los siguientes términos:

El Estado no es ni un simple instrumento de las clases dominantes, ni una instancia neutra dedicada a realizar el bien común. Más bien sería un campo estratégico en el cual las distintas fuerzas sociales luchan por el fortalecimiento y, en el caso ideal, por la generalización de sus intereses o valores – mediante leyes, recursos públicos, legitimidad oficial o incluso mediante el blindaje de la coerción.⁴⁶

Necesitamos, por tanto, complejizar la valoración que tradicionalmente los pensadores de izquierda han tenido sobre el Estado al entenderlo como mera herramienta de dominación de una clase sobre otra, o bien considerarlo irrelevante o puro factor de corrupción que debe ser dejado de lado por los actores que buscan la emancipación social.⁴⁷

45 Cfr. POULANTZAS, N. *Stattstheorie. Politischer Überbau, Ideologie, Sozialistische Demokratie*. Hamburg, 2002, p. 159.

46 LANG, M. ¿Recuperar el Estado o buscar la emancipación. En *Democracia, participación y socialismo*. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2010, p. 17.

47 Cfr. SANTOS, B. *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social: encuentros de Buenos Aires*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2006, pp. 95.

Frente a tales posturas, asumir, como veíamos antes, que el Estado es un campo de contradicciones sociales, permite que dichas contradicciones puedan ser aprovechadas por los movimientos populares, combinando, en la medida en que las circunstancias específicas lo permitan, “*la lucha legal y la ilegal, la lucha institucional y la directa, la lucha dentro del Estado y la lucha fuera de éste.*”⁴⁸ En este proceso, será necesario un discernimiento permanente de las acciones a partir del criterio del protagonismo y empoderamiento de los sectores sociales vulnerabilizados. En tal tarea, resulta alentadora la lectura histórica que realiza Rosario Valpuesta Fernández:

La noción de ciudadanía que hoy se maneja y que concita la atención de los movimientos sociales, no se corresponde con la idea burguesa que la anudaba casi en exclusiva al sufragio electoral activo y pasivo, y a un Estado débil, que se limitaba a ejercer casi en exclusiva las funciones ligadas a la soberanía... esta mudanza en la percepción de la ciudadanía ha requerido, como parece lógico, la transformación del modelo liberal burgués en una organización política más implicada con la construcción de esa ciudadanía y, por consiguiente, más concernida con la igualdad sustancial y la libertad real. Este es el cambio que se produce en el tránsito del Estado burgués al Estado Democrático y Social, que discurre desde la formalidad de la declaración de los derechos a la esencialidad de su realización.⁴⁹

En el sentido expuesto, un movimiento popular robusto, con capacidad para llevar adelante sus demandas, requiere de un Estado consolidado, con la fuerza necesaria para asumir y llevar adelante los proyectos presentados desde los movimientos sociales. Para avanzar en las demandas de los actores sociales que apuestan a una transformación emancipadora, necesitamos de un Estado vigoroso capaz de

48 Cfr. SANTOS, B. En **Cuaderno de Pensamiento Crítico Latinoamericano** N° 43. Año 4. CLACSO, 17 de septiembre de 2011, p. 3.

49 VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista. En **Anuario de Derecho Civil**. Núm. LXIII-3, Julio 2010, p.1055.

intervenir y controlar al mercado.⁵⁰ Necesitamos repensar el Estado, identificando y potenciando su capacidad de control sobre las burocracias privadas.

Para ello, es preciso confrontar la propuesta de Estado que el modelo liberal ha logrado consagrar, y que está directamente vinculada a la configuración histórica de los derechos tal y como ha quedado recogida en las declaraciones tradicionales de derechos humanos. A partir de dichas declaraciones, tiene lugar el establecimiento de “fueros individuales” frente al poder del Estado (presentado como sociedad política), pero no así ante el poder del mercado (visto como sociedad civil). Esta tendencia se ha exacerbado al extremo y el mercado ha pasado a ser visto como espacio de libertad a ser preservado de la acción del Estado⁵¹, lo que deja el campo libre a la consolidación de la acumulación capitalista en sociedades marcadas por profundas asimetrías de poder entre actores asumidos como iguales; una igualdad que solo es posible sostener en términos formales, desconociendo las reales condiciones socio-históricas.⁵² Al respecto, las palabras de Franz Hinkelammert no pueden ser más contundentes:

La emancipación frustrada de la iluminación independizó la actividad privada de los controles públicos. Desembocó en la sociedad burguesa y la imposición mundial del capitalismo, que le corresponde. De la actividad privada de individuos se transformó en la constitución del poder absoluto de burocracias privadas, que se apoderaron de los derechos humanos para legitimarse como poderes despóticos por encima de todos los otros poderes y en cátedra mundial del pensamiento único que nos domina hoy. Necesitamos una respuesta, que, sin embargo, no será posible sino desde los derechos humanos mismos. Por tanto necesitamos una crítica de la formulación de los derechos humanos de las declaraciones del siglo XVIII.⁵³

-
- 50 Cfr. HINKELAMMERT, F. Percepciones y marcos categoriales de lo político. Entrevista de Germán Gutierrez. En **Itinerarios de la razón crítica: Homenaje a Franz Hinkelammert en sus 70 años**. (Editores: José Duque y Germán Gutiérrez), DEI, San José, Costa Rica, 2001, p. 198.
- 51 Cfr. FARIÑAS DULCE, M. **Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal**. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005, pp. 111-112.
- 52 Cfr. GALLARDO, H. **Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos**. Quito: Escuela de formación de laicos y laicas. Vicaría Sur Servicio Justicia y Paz (Serpaj), 2000, p. 27.
- 53 HINKELAMMERT, F. La rebelión en la tierra y la rebelión en el cielo: el ser humano como sujeto. En: **El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido**. Heredia: EUNA, 2003, p. 461.

Una arista de este debate se plantea si asumir o no una praxis que reconozca la responsabilidad de las violaciones a los derechos humanos más allá del Estado. Esta restricción, propia del modelo liberal, acarrea entre sus consecuencias el que se invisibilicen las responsabilidades de otros poderes fácticos en las violaciones a los derechos.

Al respecto, es necesaria una posición responsable, capaz de responder por las consecuencias de la decisión a tomar. Pretender desconocer, o incluso descuidar, las luchas que históricamente se han venido adelantando en diversos campos específicos de los derechos humanos, no sólo sería poco efectivo para la vigencia de esos derechos, sino incluso puede llegar a ser funcional a los intereses de los grupos de poder. Por ello, Joaquín Herrera Flores formula la siguiente advertencia militante:

Al abandonar la lucha por los derechos humanos y enfrentarnos directamente contra el mercado surgen, por lo menos dos cuestiones: ¿no le estaremos haciendo el juego a aquellos que ni siquiera aceptan las regulaciones del mercado para dejar las manos libres a las grandes corporaciones privadas en su intento por apropiarse de todo lo que cae bajo sus garras?; y si dejamos la lucha por los derechos humanos porque los consideramos “absolutamente” funcionales a las relaciones sociales que impone el capital ¿no vamos dejando cada vez más intersticios para que el capital vaya introduciéndose y contaminando lentamente, pero sin pausa, el propio concepto idealizado de derechos?⁵⁴

Pero la forma concreta que ha de asumir la lucha dependerá de cada contexto, del discernimiento que los propios actores realicen en su situación específica; para dicho discernimiento, el teórico crítico solo puede ofrecer algunos criterios que ayuden a los protagonistas implicados en el proceso a comprender el proceso y definir alternativas de acción.

54 HERRERA FLORES, J. **Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005, p. 89.

5. REFLEXIONES FINALES. A MODO DE CONCLUSIÓN ABIERTA AL DIÁLOGO

Entendiendo los derechos humanos como una construcción socio-histórica, su posible reformulación ha de estar sometida a la dinámica que definan los actores sociales y las relaciones (de consenso, conflicto, construcción de hegemonía, etc.) que entre ellos se constituyan. El discurso de los derechos humanos (la manera de comprenderlos, de narrarlos, de aplicarlos, de institucionalizarlos, etc.) es, al fin y al cabo, un espacio de disputa.

Cuando se plantea que el Estado y no otros actores tiene obligaciones en materia de derechos humanos, ello responde a una construcción social que, precisamente por ser tal, puede ser reformulada. Evidentemente, plantear que otros actores tengan obligaciones y se consideren potenciales violadores de derechos humanos, también es una construcción social; en ningún caso estamos describiendo fenómenos naturales o encarnando esencias eternas. La pregunta, entonces, es, qué forma de comprender y de aplicar los derechos resulta más provechosa de cara a lograr mejores condiciones de justicia, de vida digna.

Como hemos visto, éste es un discernimiento que hay que hacer tomando en cuenta las potencialidades, pero también los riesgos, que plantear el cambio traería. Un riesgo puede ser que los Estados relajen su nivel de compromiso con los derechos humanos. Desde nuestra perspectiva, hablar de ampliar el espectro de actores con obligaciones en materia de derechos humanos, no se entiende necesariamente como disminución de obligaciones al Estado; no planteamos una transferencia de obligaciones. Al Estado le corresponden las obligaciones de respetar, defender, proteger, garantizar y promover los derechos, en los términos conocidos. Pero, como bien resalta Ignacio Ellacuría:

El presupuesto de las luchas en favor de los derechos humanos, según el cual era el Estado el principal opresor de los individuos, no es correcto, porque dentro de la sociedad hay poderes y mecanismos de opresión y explotación, no sólo del individuo por el individuo sino de mayorías sociales por minorías sociales, sean clases o no. En estas condiciones, el robustecimiento del Estado en favor de las mayorías populares para contrarrestar el poder de las minorías viene a ser una vuelta al poder de todos contra el poder de unos pocos. De todos modos queda pendiente, aún después de la revolución francesa (1789) y

de la soviética (1917), el problema de unos derechos humanos que se planteen no sólo para las mayorías sino desde y por las mayorías.⁵⁵

La pregunta es, entonces, si no sería favorable a las luchas en las que estamos empeñados, empezar a reconocer los límites en que nos coloca la comprensión de los derechos humanos que se fraguó fundamentalmente en el marco de la doctrina liberal, en la medida en que dicha comprensión de los derechos impide gestar mecanismos de lucha que sirvan para enfrentar a algunos poderes fácticos que, valiéndose, por ejemplo, de una pretendida división entre lo público y lo privado, actúan al amparo de los vacíos que los actuales instrumentos jurídicos presentan a partir de esa concepción teórica.

Un ejemplo claro de ello es la actuación de las tras-nacionales. Bien a través de Estados penetrados por el poder económico, o directamente a su servicio, o bien valiéndose de la debilidad de otros Estados, en el marco del derecho liberal se ha venido construyendo una nueva “*lex mercatoria*” que deja impune prácticas que afectan gravemente la posibilidad de que los pueblos puedan vivir condiciones de vida digna. Esta nueva “ley” que rige el intercambio comercial en el escenario globalizado establece sanciones a los Estados cuando sus acciones afecten los intereses de las empresas, sin que ocurra lo contrario, obligando a las empresas a resarcir daños a las poblaciones.

La configuración del poder, sobretodo en el contexto de las naciones más poderosas (en términos político, económicos, militares...) obliga a reconocer que la clásica división entre lo político y lo económico, que pretende fronteras absolutas entre los actores estatales y los grupos de poder económico, no se corresponde con la realidad.⁵⁶

En busca de brindarnos instrumentos jurídicos para llevar adelante los proyectos de sociedad en los que creemos, convendría, por una parte, afianzar y desa-

55 ELLACURÍA, I. Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares. En **Escritos Filosóficos, Tomo III**, San Salvador: UCA Editores, 2001, Nota 9, pp. 441-442.

56 De ello da cuenta, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. del 21 de enero de 2010, emitida en el caso “Citizens United vs. Federal Election Commission” en la que se elimina el límite de financiación a las campañas electorales por parte de las grandes empresas. Resulta difícil suponer que esa financiación no implicará luego cuotas de poder y definición de acciones por parte de los gobiernos en función de los intereses de las empresas.

rollar las herramientas legales con las que ya contamos, tanto en el plano nacional como en el internacional, y avanzar en el servicio que el Estado debe prestar supervisando, controlando y sancionando las acciones por parte de las empresas que afecten la calidad de vida de la gente; pero, al mismo tiempo, podemos pensar en construir y desarrollar otras herramientas conceptuales, jurídicas, políticas, que permitan actuar también en los escenarios que la globalización ha ido definiendo. Se trata de construir y consolidar nuevas formas de control democrático que permitan atender a las asimetrías creadas (y, porque creadas, susceptibles de ser transformadas), sometiendo así a actores hasta ahora no considerados por la doctrina dominante sobre los derechos. Evidentemente, esta construcción implicará un gran esfuerzo creativo, no exento de riesgos, y una gran osadía política para definir los mecanismos, instrumentos y sistemas de protección necesarios.

El criterio para orientarnos en este terreno lleno de desafíos debe ser siempre aquello que más favorezca la construcción de vida digna para todos y todas, pero empezando por los y las que se encuentran en condiciones más precarias para formular y desarrollar sus proyectos de vida: personas y colectivos sometidas a relaciones de explotación, exclusión y subalternización estructural.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO-GÓMEZ, S y GROSGOQUEL, R. Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico. En Prólogo de **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. (Compiladores Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel). Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

ELLACURÍA, I. Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares. En **Escritos Filosóficos, Tomo III**, San Salvador: UCA Editores, 2001.

ESCOBAR, A. Encountering Development. **The Making and Unmaking of the Third World**, Princeton University Press, Princeton, 1995. (Edición en español: *La invención del Tercer Mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo*, Editorial Norma, Bogotá, 1998).

FARIÑAS DULCE, M. **Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal**. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005.

GALLARDO, H. **Derechos humanos como movimiento social**. Colombia: Ediciones desde abajo, 2006.

GALLARDO, H. Derechos humanos y globalización en América Latina. Entrevista de Jürg Schiess para ILSA, 4 de junio del 2007. En línea: http://heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com_content&task=view&id=43&Itemid=9.

GALLARDO, H. **Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos.** Quito: Escuela de formación de laicos y laicas. Vicaría Sur Servicio Justicia y Paz (Serpaj), 2000.

GALLARDO, H. **Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos.** (David Sánchez Rubio, editor). Murcia, 2008.

GRUNER, E. En **Cuaderno de Pensamiento Crítico Latinoamericano** N° 44. Año 4. 15 de octubre de 2011.

HERRERA FLORES, J. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. En **El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal.** (Ed. Joaquín Herrera Flores). Bilbao: Desclée De Brouwer, 2000.

HERRERA FLORES, J. **Los derechos humanos como productos culturales.** Catarata, Madrid, 2005.

HERRERA FLORES, J. **Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest.** Madrid: Tecnos, 1989.

HERRERA FLORES, J. Prólogo al libro de Boaventura de Sousa Santos. **Foro Social Mundial. Manual de uso.** Barcelona: Icaria, 2005.

HINKELAMMERT, F. Con los pobres de la tierra quiero yo mi suerte echar. Lilia Solano entrevista a Franz Hinkelammert. Mimeo.

HINKELAMMERT, F. El mercado como sistema autoregulado y la crítica de Marx. En: **El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido.** Heredia: EUNA, 2003.

HINKELAMMERT, F. El mercado como sistema autoregulado y la crítica de Marx. En: **El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido.** Heredia: EUNA, 2003.

HINKELAMMERT, F. En Entrevista a Franz Hinkelammert, realizada en San José de Costa Rica, en diciembre de 2010, por Estela Fernández Nadal y Gustavo David Silnik. Mimeo.

HINKELAMMERT, F. **La maldición que pesa sobre la ley. Las raíces del pensamiento crítico en Paulo de Tarso.** San José de Costa Rica: DEI, 2010.

HINKELAMMERT, F. La rebelión en la tierra y la rebelión en el cielo: el ser humano como sujeto. En: **El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido.** Heredia: EUNA, 2003.

HINKELAMMERT, F. Percepciones y marcos categoriales de lo político. Entrevista de Germán Gutiérrez. en **Itinerarios de la razón crítica: Homenaje a Franz Hinkelammert en sus 70 años.** (Editores: José Duque y Germán Gutiérrez), DEI, San José, Costa Rica, 2001.

HINKELAMMERT, F: **El asalto al poder mundial y la violencia sagrada del Imperio**. San José de Costa Rica: Departamento Ecueménico de Investigaciones, 2003.

HINKELAMMERT, F. y MORA, H. **Coordinación Social del trabajo, mercado y reproducción de la vida humana. Preludio a una teoría crítica de la racionalidad reproductiva**. DEI: San José de Costa Rica, 2001.

HINKELAMMERT, F. y MORA, H. **Hacia una economía para la vida**, p. 347. En Línea: <http://www.pensamientocritico.info/libros/libros-de-franz-hinkelammert.html?start=15>. Consulta realizada el 30 de marzo de 2013.

LANDER, E. ¿Reinventar el socialismo? En: **Alternativas. Revista de análisis y reflexión teológica**. Año 19, N° 43, enero-junio 2012. Managua: Editorial Lascasiana.

LANG, M. ¿Recuperar el Estado o buscar la emancipación. En **Democracia, participación y socialismo**. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2010.

POULANTZAS, N. **Stattstheorie. Politischer Überbau, Ideologie, Sozialistische Demokratie**. Hamburg, 2002.

RAMOS FILHO, W. y MARQUES DA FONSECA, M. Capitalismo descomplexado e duração do trabalho. En: **Trabalho e regulação no Estado Constitucional. Volumen III**. (Wilson Ramos Filho, coordinador). Coleção Mirada a Bombordo. Traducción propia. Cutitiba: Juruá, 2011.

Red de Apoyo por la Justicia y la Paz. Sistematización del taller “Socialismo y Derechos Humanos”. Material mimeográfico.

SÁNCHEZ RUBIO, D. Contra una cultura estática de derechos humanos. En **Crítica Jurídica** N° 29. Enero-junio, 2010.

SANTOS, B. **Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social: encuentros de Buenos Aires**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2006.

SANTOS, B. **Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria**. Buenos Aires: CLACSO, 2008.

SANTOS, B. **Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003.

SANTOS, B. En **Cuaderno de Pensamiento Crítico Latinoamericano** N° 43. Año 4. CLACSO, 17 de septiembre de 2011.

Cfr. SANTOS, B. Os direitos humanos na pós-modernidade. En **Oficina de CES** N° 10. CES, junho 1989. En línea: http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/1097_Oficina%20do%20CES_10.pdf Consulta realizada el 29 de marzo de 2013.

SANTOS, B., **Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho.** Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá, 2009, pp. 560 y ss. También SANTOS, B. **La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social.** Colección En Clave de Sur. 1ª ed. Bogotá: ILSA, 2003.

SEMENT DE FRUTOS, J. El método de la historización de los derechos humanos. En **Biblioteca latinoamericana de Derechos Humanos.** S. Leopoldo: Ed. Nova Harmonia, 2012.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista. En **Anuario de Derecho Civil.**Núm. LXIII-3, Julio 2010.

DISCRIMINAÇÃO POR IDADE: ESTUDO DE CASO DO DESPEDIMENTO DOS 680 TELEFÔNICOS NO PARANÁ

Marcelo Giovani Batista Maia¹

A temática da discriminação permeia décadas no bojo da sociedade, quanto mais multicultural como a brasileira. Porém, a busca de conforto na discussão sobre o tema espalha-se constante e ciclicamente, na medida em que a parametrizção do que seja discrimine -partindo da própria etimologia da palavra-, leva à concepção de linha divisória, limites. Paradoxalmente, ‘distinção’ é o traço marcante entre o que seja ou não discriminação.

Logo, se espera de uma coletividade a busca de igualdade no tratamento, seja pelos atores sociais, seja pelos condutores da vida pública de seu povo, buscando sempre ações afirmativas com discriminações positivas e a busca frenética de um marco civilizatório cada vez mais intercultural.

Assim, o debate acerca do tema da discriminação pode ser dividido em ao menos cinco grupos: a) por etnia; b) por sexo; c) por orientação sexual; d) por crença religiosa ou orientação política; e) por idade; ou, conforme a classificação da Organização das Nações Unidas: “*discriminação racial, ou relativa a sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem social, a fortuna, o nascimento ou outra situação*”.²

1 Advogado militante no escritório DECLATRA (Defesa da Classe Trabalhadora). Mestre em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC PR; Mestre e doutorando em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo, na Universidade Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha. Professor de Direito Laboral e Processual no Centro Universitário Unibrasil.

2 CONFERENCIA EUROPEIA CONTRA O RACISMO. **Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia, Intolerância Conexa**. Procuradoria-Geral da República: Gabinete de Documentação e Direito

Neste rol poderíamos ainda acrescentar os portadores de enfermidades sexualmente transmissíveis, doenças sem cura e outras, sendo que a sociedade, muitas vezes por preconceito, culpabiliza seus portadores, de forma a assimilar a doença (falta de saúde; moléstia específica; vício; defeito; mania)³ com a conduta (condição; leva; guia; direção; comportamento)⁴ da pessoa.

Tal situação acontece *“a partir do momento em que, por uma ou outra razão, as doenças não podem ser mais escondidas, sendo assim, escondem-se os doentes. Afinal, a segregação é mais fácil e, na maioria das vezes, incomoda menos.”*⁵

Breves ensaios sobre as diretrizes temporais, que decorrem do empirismo da convivência social, buscando concretude nas relações de grupos, para o molde de torná-las cada vez menos díspares nas relações entre os atores sociais, sem perder a mirada na constante mudança que o dinâmico processo social exige.

1. SOBRE A DISCRIMINAÇÃO

No contexto brasileiro, a discriminação tem origem em situações históricas, desconhecimento da realidade social dos outros, pré-concepções. Por exemplo, temos a seguinte situação:

O Brasil é um país de cultura escravocrata e com grande miscigenação de raças, fatores estes que contribuíram para a existência de diversidades de culturas, valores e crenças. Somando-se a isso encontramos as desigualdades oriundas dos vários anos de exploração econômica do proletariado, aos 350 anos de escravidão negra e da subsequente abolição sem a acolhida no mercado de trabalho dos negros e sem que fossem propiciadas as condições mínimas para que eles subsistissem; além das desigualdades relativas às mulheres, aos

Comparado, 2001, p. 24.

3 DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=conduta>. Acesso em: 03.08.2013.

4 idem

5 RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Proteção ao portador do vírus HIV e ao Aidético**: enfoque trabalhista a um projeto de lei. In: VIANA, Márcio Tulio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTR, 2010, p. 127.

idosos e às crianças, que também foram oprimidos durante a longa conquista da cidadania no Brasil.⁶

No entanto, o que é discriminação? Poderíamos dizer que significa um caráter fundado em diferença, conforme a etimologia da palavra; ou também que, conforme a doutrina italiana é uma situação subjetiva de tratamento diferenciado em relação a uma qualidade possuída pelo indivíduo que seja lesiva de um interesse econômico, moral, profissional ou de outra ordem.⁷

Thereza Cristina Gosdal afirma que “*igualdade de tratamento importa ausência de discriminação. Em geral o preconceito se presta a justificar a exploração econômica, a dominação política, ou a ocultar antagonismos de classe*”.⁸

Joaquim Barbosa afirma que:

Nas suas múltiplas manifestações, a discriminação constitui a valorização generalizada e definitiva das diferenças, reais ou imaginárias, em benefício de quem a pratica, não raro como meio de justificar um privilégio. Discriminar nada mais é do que insistir em apontar ou em inventar diferenças, valorizar e absolutizar essas diferenças, mediante atividade intelectual voltada à legitimação de uma agressão ou privilégio.⁹

O autor ainda afirma que a discriminação pode manifestar-se de duas formas: direta e indireta. A forma direta é um tratamento desigual baseado em razões proibidas (preconceito que viola materialmente as leis, constituição), ao passo que a versão indireta aduz a um tratamento formalmente igual, e que, em diversos

6 BACCARI, Cristina Baida. **Discriminação social, racial e de gênero no Brasil**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1991/Discriminacao-social-racial-e-de-genero-no-Brasil>. Acesso em: 10.08.2013.

7 BARROS, Alice Monteiro de. **Discriminação no emprego por motivo de sexo**. In VIANA, Márcio Túlio, e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTR, 2010, p. 39.

8 GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da Mulher no Emprego**. Curitiba: Gênese, 2003, p. 92.

9 GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 32.

grupos, tem efeitos diversos (preconceito que viola a igualdade material - deste segundo conceito surge a ideia de ações afirmativas).¹⁰

As alterações que decorrem da conscientização do ser humano nos levam à criação de arcabouços conceituais e teorias que se fazem necessárias para uma releitura de nossa realidade. O não reconhecimento das diferenças e especificidades das minorias as obrigou a tomar iniciativas no sentido de garantir um tratamento respeitoso e serem vistos como categoria e não anomalia, como pertencentes à sociedade e não como meros órfãos “ostracizados” pela sociedade e inclusive por eles mesmos.¹¹ Segregados e destruídos pelo sistema que ajudaram a construir.

Dworkin, reconhece a complexidade do tema afirmando que “*igualdade é um ideal político popular, mas misterioso.*”¹²

Justamente por esta complexidade que o conceito, construído ao longo da evolução do homem, já sofreu várias mudanças e foi compreendido de várias formas, primeiramente de uma maneira formalista sendo que, somente posteriormente, passou a ser visto de forma, materialmente, direcionada à efetivação no plano prático.

Desta maneira, as medidas voltadas à efetivação da igualdade material e uma eficaz inclusão social tornam-se imperiosas.

Neste diapasão comenta Joaquim Barbosa que, a respeito da igualdade substancial, destaca exatamente que a mesma considera as desigualdades concretamente verificadas no seio social com vistas a estabelecer tratamentos diferenciados para as pessoas que estão em situação distinta e, assim, evitar o “aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade”.¹³

Há que se ponderar, portanto, a fim de se entender de que modo as diferenças entre os indivíduos e as diferenças de tratamento para as diversas categorias de pessoas podem ou não representar ofensa ao princípio da isonomia.

Importante referenciar o paralelo traçado por Christiane Marques, que discutindo a respeito da discriminação no contrato de trabalho, pontua exatamente

10 Ibid., p. 42.

11 BANDEIRA, Lourdes e BATISTA, Analía Soria. Preconceito e Discriminação como expressões de violência. In: *Estudos Feministas*. Florianópolis: UFSC, 2002, p. 120.

12 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 3.

13 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4.

que a proteção dispensada pelo Direito do Trabalho aos empregados não pode ser vista como ofensa à isonomia, na medida em que busca justamente compensar uma situação de inferioridade no contrato de trabalho.¹⁴

No entanto, o preconceito está presente de diversas formas em diversas pessoas, e, sendo, comumente, perpetrado na educação desta maneira, como mudar? Grande parte das pessoas, quando deixar de ter um benefício derivado de uma política de discriminação positiva, reage com ódio ao ocorrido e se começa o ciclo de ódio, que, posteriormente, torna-se preconceito e atua na forma de uma discriminação negativa, silenciosa que corrompe, pouco a pouco, toda a sociedade. Neste sentido, Thomas Buergethal é implícito:

Curiosamente, embora o preconceito seja tão claramente repulsivo, quase antônimo da condição humana, como já exposto, nós todos vivemos com esse inimigo praticamente dentro de nossas almas. Mesmo quando se conhece o perigo e se combate o inimigo diariamente, o preconceito não é derrotado facilmente. Contra o preconceito nunca há combate franco, de frente, olhando-se o adversário nos olhos. Ao contrário, o que se tem é luta sem prévia advertência, ataque surpresa no meio da noite dos desavisados e de preferência pelas costas, covardemente. Trata-se de uma luta sem trégua e sem fim. Tanto assim que não é nada difícil sucumbirmos e sairmos pelas ruas derrotados, cobertos com o manto translúcido do preconceito, como que desfila, sem perceber, carregando um saco repleto de lixo sobre os ombros.

Se o preconceito é ideia concebida previamente, sem o indispensável conhecimento do objeto sobre o qual se emite opinião, discriminação pode ser entendida como “o preconceito em movimento”, de sorte a excluir, prejudicar ou marginalizar outrem. Em outras palavras, por discriminação entende-se o desprezo e (ou) prejuízo imposto a uma pessoa, ou grupo de pessoas, por conta de um preconceito. Assim, quando uma pessoa é marginalizada e deixa de receber um benefício em razão da cor da pele, da idade, do sexo ou da orientação sexual, política, religiosa, por exemplo, dizemos que essa pessoa está sendo

14 MARQUES, Christiane. **O contrato de trabalho e a discriminação estética**. São Paulo: LTr, 2002, p. 28.

vítima de discriminação, que então pode ser classificada como racial, sexual, etária, política, religiosa, etc¹⁵

(grifo nosso)

Seja por negação de condição de visibilidade para uma determinada classe, seja por dissimulação, “*o não reconhecimento ou a falta de respeito às diferenças se fazem presentes, criando novos padrões de violência.*”¹⁶

Lembrando que:

... a desigualdade não é universal e homogênea, mas dinâmica e contínua, porque percorre os vários aspectos sociais em que se situam os diferentes grupos coletivos de pessoas, em função de uma maior ou menor intensidade de opressão. Também não se pode deixar de lado o fato de que a desigualdade é uma categoria quantitativa, e não meramente qualitativa, já que, invariavelmente, as categorias não sofrem a mesma desigualdade, uma vez que certos grupos, por exemplo, menos favorecidos, sofrem muito mais com a desigualdade, se comparados com outros grupos da mesma classe, porém, com maiores condições de conquistarem os bens materiais e imateriais necessários para uma vida digna. Há outro problema também que é o da tentativa de transformar em sinônimos, as palavras desigualdade e discriminação, quando em verdade, não são. Desigualdade como situação de fato e discriminação como distinção desfavorável fundada em certo motivo, desprovida de racionalidade ou razoabilidade, sendo, logo, antijurídica.

(...) a ausência de tratamento desigual para os desiguais ou a ausência da própria desigualdade é que pode acarretar a presença da discriminação, e não o contrário, como poderia se imaginar.¹⁷

15 JAKUTIS, Paulo. **Manual de Estudo da Discriminação no Trabalho**: estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTR, 2006, p. 29.

16 Id.

17 TREVISIO, op. cit., p. 5.

Compreendendo-se o preconceito como estigma, a questão se torna muito mais clara:

o estigma pode ser compreendido como situação na qual o homem singularizado não é habilitado para a aceitação social. Trata-se de característica que torna um estranho e outro normal, sendo instrumentalizado para que acreditemos que existe Estado de normalidade e, ao mesmo tempo, que outros são e merecem ser excluídos.¹⁸

Logo, constitui-se em ferramenta não somente destinada a garantir o Estado de diferença do outro, mas também para a criação de um status de “acima de qualquer suspeita”, para aquele que acusa o outro de ser diferente, enquanto afirma implicitamente que por acusar o outro de ser diferente, logicamente é igual, é *normal*.

Há um complexo arcabouço jurídico para prevenir as pessoas de sofrerem preconceito e discriminação negativa (discutiremos as ações afirmativas ainda neste trabalho), inclusive com normas, tratados e convenções internacionais (como os tratados da ONU dos quais discorreremos a seguir).

Neste sentido, no Brasil temos:

O racismo é crime inafiançável e imprescritível segundo o art. 5º inciso XLII da Constituição Federal, o qual ganhou efetividade através das leis n.º 7.716/89 e 9.459/97 e do livre acesso à justiça assegurado constitucionalmente, bem como da assistência judiciária gratuita.

A discriminação ocorre com maior frequência contra a raça negra e mais precisamente aos negros pobres, se agravando contra as mulheres, crianças e idosos negros e pobres.

(...) Por outro lado, é necessário que o povo brasileiro crie uma consciência das discriminações que existem no Brasil, eis que, comumente a sociedade nega a ocorrência de discriminações atribuindo eventuais casos que caem no domínio público a comportamentos isolados de pessoas inescrupulosas.

Ocorre que, as discriminações existem e são reais e devem ser encaradas como fatos concretos que precisam ser combatidos e resol-

18 GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988, p. 36.

vidos, não bastando a mera maquiagem da realidade que por si só é discriminatória e corrobora para o crescimento do preconceito, do racismo, dos estereótipos e das discriminações sociais.¹⁹

No mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que “*No Brasil, por exemplo, a lei maior, mais que declarar, estabelece esta igualdade. Entretanto, não há de pronto ainda, e de fato, tal igualdade. Há uma distância entre fato e o Direito.*”

Ou seja, o problema não repousa tão simplesmente na falta de leis e decretos sobre o tema. A conscientização e a aceitação de que este problema permeia nossa sociedade também são muito relevantes. Como resolver um problema que não se enxerga?

Este foi um dos aspectos marcantes do caso que discutiremos a seguir que trata do não reconhecimento de uma situação obviamente discriminatória, porém, que alguns magistrados se recusam a vislumbrar.

Na mesma esteira, temos que a situação, de fato, é desconhecida por muitos. Rodrigo da Cunha Pereira pontua, neste sentido:

O acesso à cidadania pressupõe uma sociabilidade marcada pelo discurso iluminista que clama pela liberdade, fraternidade e igualdade. Paradoxalmente, quanto mais se declara a universalidade da igualdade dos direitos, mais abstrata se torna a categoria dos direitos, mais e mais se ocultam as diferenças que essa ordem social gera, e cuja subsistência dependerá agora, em boa medida, da negação e encobrimento daquelas.²⁰ (grifo nosso)

O preconceito surge por diversos motivos e acontecimentos, suas conseqüências, da mesma forma, são as mais diversas, podendo manifestar-se no modo de tratamento da vítima de preconceito ou até mesmo em genocídios (vide câmaras de gás e campos de concentração) e regimes segregacionistas (Estado Nazista e Apartheid, por exemplo).²¹

19 BACCARI, Cristina, op. cit., p. 2.

20 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas**. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/109_igualdade_acoes_afirmativas.pdf. Acessado em: 07.08.2013.

21 CONFERENCIA EUROPEIA CONTRA O RACISMO, op. cit., p. 28.

1.1. Discriminação por idade

No caso da discriminação das pessoas de mais idade, há um problema muito conhecido que aflige à maioria das pessoas deste substrato social: a exclusão da vida social.²²

Ou seja, há uma conotação negativa que paira sobre o próprio conceito de velhice, considerados como quem não dispõe de meios de trabalhar, de prover, não podendo exercer o poder de autoridade na família ou perante a sociedade.

Este fenômeno não é atual, tanto que na própria antiguidade o envelhecimento era comparado com o inverno no ciclo da vida humana, sendo frio, sombrio e improdutivo.²³

De acordo com Jean Claude Bernardet “a discriminação mais preocupante no tocante a idade está relacionada ao empecilho que as pessoas com determinada faixa etária encontram no acesso ao mercado de trabalho, a exemplo do que ocorre com as muito jovem, ou acima de 35 anos, consideradas velhas para o mercado de trabalho”.²⁴

A discriminação por idade é “quase sempre praticada contra as pessoas mais velhas, porque as empresas evitam a contratação de tais pessoas, ou após seu envelhecimento, durante a vigência do contrato de emprego, decidem encerrar o contrato apenas por esse motivo”.²⁵

Emmanuel Teófilo Furtado assevera que

em que pese o comando constitucional de não discriminação pelo critério de idade, graça de forma lamentável na realidade de trabalho do Brasil referida diferenciação, o que clama por uma política de incentivo à contratação de trabalhador de faixa etária, de quem

22 BOBBIO, Norberto. **Tempo de Memória**: de senectude e outros escritos autobiográficos. *Apud* NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira (Coord.). **Direito das Minorias**: proteção e discriminação no trabalho. Campinas: Alínea Editora, 2004, p. 61.

23 SALGADO, M. A. **Revista a Terceira Idade**. *Apud* **Direito das Minorias**: proteção e discriminação no trabalho. Campinas: Alínea Editora, 2004, p. 60.

24 BERNARDET, Jean-Claude. Ser ou não ser não é a questão. In: PINSKY, Jaime (org.). **12 faces do preconceito**. 9ªed. São Paulo: Contexto, 2008. P. 29-35.

25 BERNARDET, Jean -Claude. Op. Cit. P. 76.

se presume maior experiência e capacidade de ainda prestar longo e expressivo contributo com sua mão-de-obra material intelectual.²⁶

Na mesma linha, explica Cristina Paranhos Olmos que

a discriminação das pessoas mais velhas, especialmente quando envelheceram na empresa, constitui desrespeito a dignidade da pessoa em tal faixa etária, nestes casos é aplicável a lei 9.029/95, com suas medidas de combate à discriminação, especialmente as previstas no art. 4º (reintegração) com o ressarcimento dos salários do período de afastamento ou percepção em dobro da remuneração do período de afastamento.²⁷

Acrescente-se que a proporção de idosos, conforme estudos da ONU progredem na seguinte escala: a) em 1950, era uma população de 214 milhões de idosos; b) em 1975, já era de 350 milhões; c) em 2000 era de 600 milhões; segundo expectativa seria de 1 bilhão e 100 milhões para o ano 2050.²⁸

Sem maiores digressões, passou do tempo de iniciar-se discussão ampla na sociedade acerca da empregabilidade por faixa etária e também sobre políticas públicas para a manutenção da empregabilidade, a partir de certa faixa etária, principalmente quando próxima a aposentadoria.

Esta proporção de idosos torna esta questão ainda mais alarmante, pois demonstra a necessidade de adaptação cultural e jurídica para enfrentar essa mudança de contexto. Hoje, compreende-se ainda que o idoso seja “peso morto” ou inútil socialmente, o que leva a este público a ser discriminado seja pré contratualmente (escolha de candidatos a uma vaga baseando-se em critério de idade), durante o contrato (promoções ou demissões motivadas por idade) ou pós contratualmente nas relações mercantis do dia a dia.

26 FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Preconceito no trabalho e a discriminação por idade**. São Paulo: LTr. 2004. p. 190

27 OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na relação de Emprego e Proteção contra a dispensa arbitrária**. São Paulo: LTr. 2008. p. 79

28 RAMOS, P. R. B. **O Direito à velhice**. *Apud* **Direito das Minorias**: proteção e discriminação no trabalho. Campinas: Alínea Editora, 2004, p. 61.

No entanto, temos que há possibilidade de melhora, no sentido de reinserção e reinclusão destes no mercado de trabalho e na vida social. A respeito disto, temos, que, por exemplo, no Distrito Federal, tínhamos em 1992, 13,9 mil idosos ocupados, sendo que em 2001, este contingente já passa para 20 mil (com aumento superior a 40%).²⁹

Da mesma maneira, os índices de escolaridade aumentaram, sendo que em 1992, 42% tinham o 1º grau incompleto, 23% eram analfabetos e 15,8% dispunham de 3º grau completo; já em 2001, houve decréscimo de idosos com primeiro grau incompleto, e acréscimo do número de idosos com o 3º grau completo, 26%.³⁰

Uma das soluções efetivas para tanto são as ações afirmativas, das quais se discorrerá com mais vagar na continuidade deste trabalho.

2. DISCRIMINAÇÃO E POLÍTICAS AFIRMATIVAS

No Brasil, os casos de discriminação e preconceito são verificados na Justiça Cível, Criminal (racismo), Trabalhista (se decorrente do contrato de trabalho). Há também outra forma de proteção às pessoas vítimas de preconceito e discriminação: as políticas afirmativas.

Com o passar do tempo, não se fez mais suficiente a verdade formal, pois não corresponde ao que realmente se vê diariamente. Apesar de estar estabelecido e pacificado que todos os seres humanos são iguais à lei, perante a sociedade, não o são e recebem tratamentos diferenciados por isto. Assim como a verdade formal foi necessária para a superação de um paradigma, a verdade material é agora indispensável para que se realize a igualdade, elevando os carentes para que possam confrontar-se com os abastados, balanceando a disparidade de forças presentes na nossa injusta sociedade.

Apesar de a discriminação, grande parte das vezes, ir em sentido negativo, também pode ser uma discriminação positiva ou benévola. Ou, conforme Firmi-

29 **Direito das Minorias:** proteção e discriminação no trabalho. Campinas: Alínea Editora, 2004, p. 76.

30 *Ibid.*, p. 77.

no Alves Lima, “a proibição da discriminação tem papel de promoção de atividades discriminatórias benéficas, as quais buscam a igualdade material”.³¹

Fundamentalmente as ações afirmativas decorrem da visão de que os direitos humanos resultam de processos culturais, se somando ao que foi conquistado e às garantias anteriores, de forma dialética, respeitando a unicidade da categoria. É senso comum que todas as pessoas, independente de etnia, raça, cor, credo, religiosidade, sexo ou idade, tem a necessidade de ter alguns bens (materiais ou não) para viverem dignamente. No entanto, no mundo ocidental onde vivemos, a obtenção destes bens é cada vez mais restrita, acumulando-se, de forma desproporcional, nas mãos de poucos.

Por consequência, coube ao princípio da igualdade se tornar nos anos posteriores, mais avançado, ampliando seu conteúdo e atuando ativamente de forma a promover políticas visando a igualar as oportunidades para todos. Da mesma forma que a Sociologia comprovou o aspecto atuante do Direito como agente modificador (de transformação) da sociedade por influenciar comportamentos sociais, as políticas afirmativas são ferramentas para o Direito, naturalmente condicionado por sua realidade, condicionar, por sua vez, seu contexto e os comportamentos de sua realidade social.³²

Deste processo, nascem pessoas que, à margem do sistema e de suas regras, procuram, de outras maneiras sobreviver dignamente. Podemos dizer então que os Direitos Humanos resultam de um processo de lutas e requerem que se estabeleçam garantias mínimas de ordem econômica, política, social e jurídica, pois não basta que se tenha o direito, o que falta são instrumentos para garantir a efetividade destes direitos. Os Direitos Humanos consistem, logo, em meios de se assegurar condições mínimas. Não representam fins em si mesmos.³³

31 LIMA, Firmino Alves. **A proibição da discriminação na Constituição Federal de 1988 e a ausência de normas infraconstitucionais adequadas para a regulação deste importante princípio.** Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>. Acessado em: 27.07.2013.

32 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Proteção Jurídica ao Trabalho dos portadores de deficiência. *In*: VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Discriminação.** São Paulo: LTR, 2010, p. 142.

33 CAPLAN, Luciana. O Direito do Trabalho e a Teoria Crítica dos Direitos Humanos *Apud* DA SILVA, Alessandro; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMMER, Marcelo. **Direitos Humanos: A Essência do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTR, 2007, p. 251.

A busca por uma sociedade liberta da discriminação é diuturna e carece de esforço de todas as camadas sociais, porque possuir mecanismos jurídicos sem eficácia é o mesmo que não possuí-los.

2.1 Justiça do Trabalho e a discriminação

Na legislação trabalhista também se prevê ações afirmativas, como afirma TREVISO:

... não se pode deixar de olvidar que o princípio da igualdade e, também, o princípio da proibição de discriminação são elementos marcantes no Direito do Trabalho. Sabe-se que a relação fática envolvendo empregado e empregador é desigual, uma vez que é o segundo quem dirige, determina, contrata e dispensa as atividades promovidas ao trabalhador, criadas com o intuito de estabelecer uma desigualdade no campo jurídico para promover, juridicamente, a igualdade entre as partes contratantes. Assim, a existência de normas vedando o pagamento de salários diferenciados para trabalhadores que exercem as mesmas atividades (artigo 461 da CLT), a dispensa de trabalhadores por motivos discriminatórios (Lei 9.029/95), o tratamento especial conferido às mulheres, a impossibilidade de se pagar salários diferenciados aos portadores de deficiências físicas, visam conferir efetividade e concretude destes princípios.³⁴(grifo nosso)

Alice Monteiro de Barros afirma que as ações afirmativas não mais buscam o tratamento igual, mas tão somente os meios para garantir a efetividade da igualdade. Estas políticas visam à supressão das desigualdades de fato, que restringem oportunidades profissionais dos trabalhadores, refletindo em sua remuneração, contrato de trabalho, tratamento dos colegas e condições de labor. Infelizmente, porém, não há muito progresso no tema, visto que não há muita divulgação nem inserção nos sistemas jurídicos.³⁵

34 TREVISO, op. cit., p. 40.

35 BARROS, Aline Monteiro de, op. cit., p. 69.

Hugo Mazzilli também contribui com a discussão ao afirmar que é necessário compreender o real sentido da isonomia, sua dimensão que nos remete a tratar de modo diferente os desiguais, ao passo que se intente compensar juridicamente a desigualdade, igualando quantitativamente e qualitativamente suas oportunidades.³⁶

Sendo assim, temos toda a fundamentação jurídica para coibir a discriminação em nosso país, mas não se vê garantida ainda sua efetividade. E é justamente do enfrentamento entre igualdade formal contra igualdade material e livre atuação da “mão invisível do mercado” versus ações afirmativas e efetividade que surge o caso emblemático que dá título ao artigo, qual seja a famigerada “dispensa dos 680”.

3. O CASO DOS “680” DISPENSADOS PELA TELEPAR/OI

Em meados de 1999, houve a maior dispensa massiva de trabalhadores no Estado do Paraná em único dia (31.05.1999). A antiga Telepar dispensou 680 trabalhadores que possuíam em média 20 anos de vínculo de emprego e mais de 40 anos de idade, conforme breve esboço histórico, que se mostra na sequência da decisão do TRT-9. Transformou-se em marco dos direitos de trabalhadores que são vítimas de discriminação por idade.

A seguir teremos um detalhamento de como, no mundo jurídico, temos as ações das políticas contrárias à discriminação e de como elas podem sim ser efetivadas.

Em maio de 1999, a empresa teve alterações estruturais, decorrentes do projeto privatista das telecomunicações brasileiras, em um único dia, demitindo 680 empregados. O grupo era bastante homogêneo, sendo que o traço comum a todos era que possuíam de média etária de 45 anos e *pacta sunt servanda* mínima de 20 anos para a empresa.

Assim, após denúncia realizada pelo sindicato profissional, bem como ampla divulgação em jornais acerca do caso, Margaret Matos de Carvalho, procuradora do trabalho do Colendo MPT da 9ª Região, propôs Ação Civil Pública, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em face da Telepar em agosto do ano de 1999. Nessa ACP (nº 20.517/1999) postulou-se a nulidade das rescisões contratuais praticadas, bem como, a condenação da empresa ao pagamento de

36 MAZZILLI, Hugo Nigro. **O deficiente e o Ministério Público**. Revista Justitia, vol. 50, n. 141, 1988, p. 63-65.

dano moral coletivo, com supedâneo legal na prática de discriminação, a luz da Lei 9.099/95 e cláusulas dos Acordos Coletivos de Trabalho.

A procuradora requereu, liminarmente, reintegração dos dispensados em face do caráter discriminatório, *“uma vez que os empregados dispensados tinham, em média, 40 (quarenta) anos de idade e mais da metade contava com mais de 20 (vinte) anos de prestação de serviços à ré, sendo que muitos se encontravam há poucos meses para aquisição do tempo necessário para requerer aposentadoria.”*³⁷

Também aduziu na mesma peça vestibular ao desrespeito à dignidade humana, salientando o impacto social e as conseqüências psicológicas derivadas da mesma.

Citou, inclusive, decisões favoráveis à questão, como, por exemplo, o Rio Grande do Norte, pois naquela época a demissão em massa no setor da telefonia no território nacional era comum e abrangente. Argumentou que, para manter a segurança jurídica, os casos iguais, deveriam ser alvo de solução idêntica, respeitando a norma constitucional e a Lei 9.029/95 (ambas coíbem práticas discriminatórias).

Suscitou ainda o artigo primeiro da Constituição Federal, o artigo 4º da Lei 9.029/95, a convenção da ONU sobre a eliminação de todas formas de discriminação racial e a convenção nº 111 da OIT, mencionadas anteriormente no artigo.

Ressaltou, por fim, que a demanda na área da telefonia estava em franca ascensão, não havendo mínimas razões “mercadológicas” para justificar tal dispensa. Além disso, a empresa tinha assumido o compromisso de não reduzir seu pessoal com a Anatel e a União (edital de privatização MC/BNDES).

Requereu liminar fundamentada no artigo 12 da Lei nº 7.347/85 e artigos 273-461 do Código de Processo Civil.

Proposta a ACP, o Juiz Presidente da 9ª JCI de Curitiba concedeu liminar que impediu a TELEPAR de realizar contratações no sentido de preencher vagas abertas pelos que foram demitidos de forma discriminatória. Fixou também prazo de 30 dias para que os dispensados se manifestassem em relação ao interesse em retornar ao emprego e citou o Sindicato profissional para, querendo, integrar a lide.

3.1 Do Mandado de Segurança

A empresa impetrou Mandado de Segurança, autuado sob o número 00319-1999-909-09-00-0, frente ao SDI I, visando sustar a liminar deferida pela 9ª JCI de

37 AÇÃO CIVIL PÚBLICA 20517-008-1999.

Curitiba, alegando que a ordem judicial proferida ultrapassava o pleito realizado pelo MPT em demanda principal, eis que conferia estabilidade aos empregados demitidos, e, que, no seu entender, não possuía amparo no ordenamento jurídico, e que por este motivo, ofendia direito líquido e certo que possuía de rescindir os contratos de emprego mencionados mediante a paga de indenizações, além de se tratar de prestação satisfativa.

O Juiz relator designado – Sergio Kirchner Braga- indeferiu a liminar por ausentes os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Neste ínterim, e tendo em vista o indeferimento da medida liminar em Mandado de Segurança, a empresa interpôs perante o próprio TRT o respectivo Agravo Regimental, e, simultaneamente, ajuizou perante o Colendo TST reclamação correicional em face de ato praticado pelo juiz relator do TRT paranaense.

3.2 Da Reclamação Correicional

Do ajuizamento de reclamação correicional junto ao Tribunal Superior do Trabalho, decidiu-se que as dispensas foram provocadas por suposta necessidade de adoção de tecnologias modernas, automação dos serviços. Logo, depreendeu o julgador que, como não há norma coletiva em sentido contrário, é juridicamente impossível a antecipação de tutela no caso. Com isso, ofendeu direito líquido e certo da empresa, o que justificaria a impetração do mandado de segurança.

Reconhece, no entanto, a possibilidade de sucesso da ACP, alertando que somente se poderia antecipar a tutela se houvesse fundado receio de dano irreparável, de difícil reparação, caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório.

Acrescentou, ainda, que por ser a TELEPAR empresa idônea e sólida, afirmando que não havia motivos para alegar que haveria dificuldade de adimplemento no caso de sentença condenatória definitiva.

Afirmou, por fim, que, por inexistir lei obrigando a empresa a expor decisão judicial nos locais de trabalho, não se justificaria a ordem judicial de apresentar em tapumes e paredes o despacho judicial em questão, não havendo sentido para a multa pelo descumprimento. Acrescentou que o indeferimento da liminar pelo TRT-9 desafiou a boa ordem processual, pois garantiu tutela antecipada sem que houvesse cognição suficiente da referida, ou seja, reformou o TST a decisão proferida pelo TRT, a qual havia desrespeitado o poder discricionário e a avaliação

aprofundada do julgador originário que teve maior contato com a integralidade dos elementos probatórios apresentados.

A empresa anunciou nos autos de Mandado de Segurança o referido julgamento proferido pelo TST, alegando a perda de objeto do recurso de Agravo Regimental que havia sido interposto. Seguidamente, o pleito formulado pelo MPT em ação principal foi julgado improcedente, com a automática revogação da liminar deferida.

Dessa forma, reconheceu o TRT que não somente o recurso de Agravo Regimental havia perdido o objeto com a decisão proferida pelo TST, mas também o Mandado de Segurança como um todo, eis que a decisão impugnada, havia sido cassada com a improcedência da sentença em ação principal.

3.3 Instrução da ACP no juízo primeiro e julgamento no Tribunal do Trabalho da 9ª Região

A decisão monocrática entendeu que a atuação da ré era meramente exercício regular de direito, dentro da normalidade de uma demissão realizada, não gerando qualquer irregularidade frente à norma constitucional, julgando improcedente a ACP (integro insubsistência da liminar deferida de forma parcial).

Com o resultado desfavorável na sentença proferida em primeira instância no exame meritual, o MPT resolveu interpor recurso ordinário, que foi recebido pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho, no qual os julgadores Marco Antonio Vianna Mansur e Tobias de Macedo Filho figuravam como relator e revisor, respectivamente. Houve retorno dos autos à origem para o juízo de primeiro grau, onde o Magistrado Roberto Dala Barba, entendeu que os depoimentos colhidos foram uniformes no sentido de que foram extintos os setores onde estavam lotados os trabalhadores ou que lá permaneceram outros empregados, mais antigos, mais velhos ou com melhor remuneração.

Os julgadores retomando o julgamento em segundo grau, assentaram a presença de: i) discriminação por idade e tempo de serviço; ii) de salário; iii) desrespeito à cláusula de garantia de emprego previsto na cláusula 16ª do ACT ; iv) que a garantia emprego em caso de novas tecnologias que levassem à diminuição de postos de trabalho e que as normas da privatização, decorriam do compromisso de não dispensar e v) que havia *discrímen* da reclamada por idade ou tempo de serviço como critério para a dispensa massiva.

Além disto, afirmaram que o contexto da privatização resguardava normas de proteção social, devendo a ré promover harmonicamente o desenvolvimento do setor e que foram desatendidos os princípios constitucionais voltados ao desenvolvimento social, proteção ao trabalho e entenderam violado o artigo 1º da Lei n. 9029/95.

Ainda esclarecem que não vislumbraram, de maneira nenhuma, existência (que incumbia à ré) de motivação específica que culminaria com escolha e posterior resilição contratual de empregados envolvidos na ação civil.

Ressaltaram que a matéria não é nova no Tribunal, pois já vista pelo Juiz Ricardo Sampaio, que constitui precedente jurisprudencial e repudia discriminação por idade:

6019203 – REINTEGRAÇÃO – DESPEDIDA NULA – DISCRIMINAÇÃO POR IDADE – A ‘usual’ prática da reclamada de promover a despedida de funcionários por motivos de idade extrapolando do poder potestativo do empregador e vai de encontro a parâmetros constitucionais refletidos nos artigos 5º caput e 7º, XXX – Sentença que se reforma para declarar a nulidade da despedida e determinar a reintegração no emprego (TRT 9ª Região – RO 16.633/95 – 2ª Turma, Acórdão 18.413/97 – Relator Juiz Ricardo Sampaio – DJPR 18.07.1997).³⁸

Assim, o TRT da 9ª Região reformou a sentença, declarando a nulidade das demissões ocorridas e determinando a readmissão de todos os dispensados arrolados na ação, aos postos de trabalho, sob pena de multa diária, com base na discriminação por idade, tempo de serviço e salário para a seleção dos demitidos, desrespeitando a cláusula 16ª do ACT no que diz respeito à garantia de emprego e normas da privatização.

Para ilustrar a simetria do fundamento da prestação jurisdicional (ementa do TRT-PR nos autos citados), seu cartesianismo não deixa espaços para qualquer ambigüidade:

38 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 9ª Região. Recurso de Ordinário no 16.633/95. Relator: Juiz Ricardo Sampaio. Curitiba, 17 de julho de 1997.

“DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. IDADE FATOR *DISCRIMEN.* VIOLAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL (ARTIGOS, 1º, IV, 3º, IV, 5º, *CAPUT*, II e XXXVI; 7º, I, XXX E XXXI; 170 *caput*) E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL- READMISSÃO AUTORIZADA PELA LEI 9.029/95. ARTIGO 1090 DO CÓDIGO CIVIL. Imperiosa a declaração de nulidades das despedidas dos empregados relacionados em ação civil pública, com conseqüente readmissão dos mesmo no emprego se, da prática *aparentemente neutra* do ato imotivado perpetrado pela ré, sobressai a malsinada discriminação *indireta*. Logo, constatado que no caso em concreto, dentre os dispensados, a maioria detinha o componente apontado na inicial como discriminatório (idade compreendida na faixa dos quarenta e poucos anos) cujo resultado deletério, se afastou dos propósitos das regras pactuadas para a privatização, não buscando o desenvolvimento social a que se obrigou, nem preservando o trabalho como valor social. Malferimento que se reconhece aos princípios, garantias e direitos – FUNDAMENTAIS e SOCIAIS, inscritos nos preceitos epígrafados, bem assim na legislação infraconstitucional (Lei n. 9.029/95).

Destaca-se que como um dos pilares da decisão regional de readmissão que há supedâneo legal no *decisum* na lei 9.029/95, que veda a adoção de qualquer prática discriminatória no âmbito laboral, vez que aplica a exata exegese do artigo 1º da referida lei:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Portanto a terminologia jurídica adotada, muito embora seja de readmissão, mas calcada na lei 9.029/95, tem efeito jurídico mais amplo, vez que todos os salários do período de afastamento seriam devidos como indenização pela despedida discriminatória ou sucessivamente, os trabalhadores teriam direito de optar pela indenização em dobro, assim:

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Desta feita, esta seria a situação jurídica aplicável ao caso pelo regional.

A fim de assegurar o prequestionamento da matéria, a legitimidade do MPT, a reintegração no emprego e incompatibilidade com o recolhimento de FGTS com multa de 40%, a discriminação inexistente, isonomia, norma coletiva, houve a interposição de Embargos Declaratórios pela empresa.

3.4 Do Recurso de Revista

Diante da improcedência em 2ª instância, à ré interpôs Recurso de Revista que foi recebido pela Vice Presidência do TRT, e provido no TST por suposta ofensa ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal – nulidade por negativa de prestação jurisdicional, determinando o retorno dos autos ao E. TRT da 9ª Região, a fim de que apreciasse os Embargos Declaratórios anteriormente opostos pela ré, sobrestando o julgamento das demais matérias vinculadas na Revista.

O Acórdão foi prolatado pela 6ª Turma, tendo como relator o Magistrado convocado Luiz Antonio Lazarim, onde o TST endossou a nulidade do julgado anterior por negativa de prestação jurisdicional, como também legitimou a participação do Ministério Público na demanda para defesa de direitos individuais homogêneos.

Quando do retorno à origem ao TRT paranaense, foram analisados os Embargos Declaratórios e estes foram providos apenas para prestar esclarecimentos, e, houve após referido julgamento, interposição de nova Revista, apenas reiterando os argumentos e matérias atacadas no recurso anterior. Novamente recebido pela Vice Presidência do TRT, sem qualquer análise de admissibilidade, uma vez que o julgamento das demais matérias estava sobrestado no TST.

A empresa sustentou que não havia mais o que indenizar, pois havia pago indenização decorrente da adesão por suposto Plano de Demissão Incentivada (argumento sofismático, pois ausente qualquer adesão nos autos) e recebimento de FGTS acrescido de 40% de multa fundiária. Aduzindo ainda que, no momento que o empregado recebe as parcelas rescisórias, em realidade se está renunciando à pretensão de permanecer no emprego. Atacou a decisão regional também ao argumento que a ACP, de readmissão no emprego, violava o artigo 7º, I, da Carta Magna de 88 e o inciso I do artigo 10 do ADCT. Além disso, apregou que foi violado o artigo 5, inciso XXXVI, da Constituição Federal e o artigo 1025 do Código Civil.

No entanto, o relator sopesa fato importante: conforme premissas fáticas do Tribunal Regional, evidente que a empresa se utilizou de prática discriminatória ao dispensar seiscentos e oitenta empregados, todos com 40 anos em média e às vésperas da aposentadoria.

Sendo assim, não se aproveitaria a recorrente da denunciada ofensa aos dispositivos constitucionais (artigo 5º, inciso XXVI, 7º, I e artigo 10, I do ADCT, bem como o artigo 1025 do Código Civil), isto porque, a Lei 9.029/95 (que estava vigia à época), em seu artigo 1º, estabelece que:

Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal.³⁹

Ainda argumentou-se que os preceitos mencionados são meramente programáticos, visto que não há sustentáculo jurídico à diretriz imprimida. A Constituição Federal de 88 intentou oferecer efetividade aos direitos individuais e sociais, enunciando princípios para nortear a legislação, de forma que todas as normas constitucionais devem ser efetivadas, não devendo ter sua efetividade talhada pelos magistrados de direito.

39 BRASIL. Lei no 9.029/95, de 13 de abril de 1995. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, 1999. Suplemento.

Também foi deferido o pedido de readmissão e não o de reintegração, sem a devolução das parcelas pagas a título de indenização e multas do FGTS, as quais foram mantidas no intuito de remunerar o tempo de afastamento.

Depois de longa fundamentação, conheceu parcialmente do Recurso de Revista.

O Ministro Maurício Godinho Delgado contribuiu com voto convergente no sentido de que houve dispensa discriminatória dos 680 empregados (pois vasta maioria contava com mais de 40 anos de idade). Afirma que a ruptura contratual não decorreu da adesão do PDI, mas se deu por iniciativa da Reclamada.

Apesar de a reclamada sopesar que parte dos empregados se encontrar em faixa etária abaixo de trinta e cinco anos de idade, 72% dos empregados tinham entre 35 e 50 anos de idade. O percentual demonstra que o critério idade foi determinante na escolha das pessoas que seriam demitidas. Ainda afirmou o Ministro que a proporção de empregados mais jovens aumentou e a proporção de mais antigos diminuiu. Ressaltou que o grupo contava com efetivo de trabalhadores com mais de 35 anos, instando a discriminação do ato empresarial. Ou seja, não somente atinge a esfera individual dos empregados, mas a sociedade em geral, razão pela qual o acórdão regional deveria subsistir com todos seus efeitos.

Dessa forma, ao julgar o mérito do Recurso de Revista, o Colendo TST negou provimento a este, mantendo na íntegra a decisão proferida pelo Regional.

Em resposta, a reclamada opôs Embargos Declaratórios objetivando a fixação no âmbito do TST, de pretensa adesão dos dispensados a PDI (plano de demissão incentivada), ao qual, foi igualmente negado provimento, pois sequer havia tal discussão nos autos.

Foram apresentados simultaneamente Embargos à SDI (seção de dissídios individuais) e Recurso Extraordinário.

3.5 Dos Embargos interpostos – Lei n.º 11.496/2007

Opôs a reclamada recurso de Embargos, requerendo a reforma da decisão proferida no primeiro julgamento do Recurso de Revista, requerendo a ilegitimidade recursal do Ministério Público do Trabalho, fundamentando a pretensão na Súmula 214 do Tribunal Superior do Trabalho. Buscava a reforma da decisão proferida pela Turma visando à exclusão da readmissão concedida e declaradas válidas todas as rescisões contratuais efetuadas.

O Ministro Relator, Lélío Bentes Corrêa, enfrentando a tese patronal, respondeu que quando a decisão é suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal, deve a parte recorrer de imediato.

Deste entendimento, extrai-se que não houve a interposição de embargos no momento oportuno, sendo impossível o exame frente à preclusão da matéria, não discutida na primeira oportunidade processual que se ofereceu à parte.

Afirmou o relator na fundamentação que não há como prosperar a demanda pois que a pretensão recursal está desprovida de identidade fática com a hipótese versada nos autos. Concluiu, finalmente, que, por tratar-se de despedida motivada por idade, estaria-se diante de um retrocesso, pois que o arcabouço teleológico deveria remeter o intérprete a promover um aprimoramento da sociedade no sentido de mais justiça e mais humanidade.

Logo, por unanimidade, os Embargos não foram conhecidos, quanto a preliminar de ilegalidade do Ministério Público do Trabalho, pois houve inércia da parte.

Ainda, por maioria restou não reconhecido o recurso de Embargos em relação ao tema do Plano de Demissão Incentivada e a caracterização de despedida discriminatória em razão da idade dos empregados – readmissão, não sendo constatado quaisquer das supostas violações suscitadas pela reclamada ou tampouco divergência entre a decisão da Turma do TST, e decisões proferidas pela SDI.

3.6 Do Recurso Extraordinário e Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário

A reclamada interpôs Recurso Extraordinário, fundamentando nos artigos 102, III, “a”, da Constituição, apontando violação aos artigos 5º, XXXV, XXXVI, LV, 7º, I, 129, III, da Constituição Federal e 10º, I do ADCT, invocando repercussão geral da matéria.⁴⁰

Em juízo de admissibilidade, o TST negou seguimento ao Recurso Extraordinário sob o argumento de ausência de repercussão geral ou violação a Constituição Federal.

40 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Reclamatória Trabalhista no 4472200-43.2002.5.09.0900. Recorrido: Ministério Público do Trabalho. Recorrente: TELEPAR. Relator: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 13 de junho de 2011.

A respeito do tema, a Ministra Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi afirmou que, conforme farta jurisprudência, a dispensa discriminatória (como no caso), era nula de pleno direito e devendo os obreiros retornar aos postos de trabalho, recebendo ou não a indenização prevista no artigo 10º, I do ADCT e que a dispensa não somente afronta a garantia estabelecida no artigo 7º, I, da Constituição da República, como também os artigos 5º, caput e 7º, XXX, da CF, além de, em sede infraconstitucional, ser vedada pela Lei n.º 9.029/95 e pela inexistência de ato jurídico perfeito, visto que as dispensas (conforme acórdão recorrido) foram incompatíveis com o estabelecido no ordenamento jurídico pátrio.

Da referida decisão, a reclamada apresentou Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário, vislumbrando desobstruir o RE interposto, recurso este que foi remetido ao Supremo Tribunal Federal.

Em 05/09/2013, o Ministro Gilmar Mendes, julgando preenchidos os requisitos de admissibilidade, concedeu provimento ao Agravo de Instrumento pela empresa para destrancar o Recurso Extraordinário interposto, o AIRE será julgado na primeira sessão após vistas a Procuradoria Geral da República.

Em 25/09/2013 a PGR (Procuradoria Geral da República) apresentou nos autos manifestação, e, desde 26/09/2013, os autos estão conclusos com o Ministro Relator.

Neste decurso temporal aproximadamente oitenta trabalhadores foram a óbito.

3.7 Da Liminar

Em 16/08/2013 a empresa ajuizou no âmbito do STF, Ação Cautelar Inominada, alegando que diversas execuções provisórias da referida demanda teriam sido ajuizadas contra si, e que estaria na iminência de sofrer prejuízos financeiros, ocasião em que repisou a falsa premissa quanto à adesão dos trabalhadores ao PDI, postulou a atribuição de efeito suspensivo ao RE interposto e a suspensão de todas as execuções fundadas na decisão do regional, até a decisão final proferida pelo STF.

O Ministro Gilmar Mendes, relator nos autos de RE, deferiu medida liminar em Ação Cautelar, de modo a suspender a decisão do TST (Tribunal Superior do Trabalho) que determinou a readmissão dos 680 funcionários da Telepar, mencionados no histórico acima.

O referido magistrado suspendeu a reintegração/readmissão ao emprego ao argumento de que *“em face do vultoso reflexo econômico que fatalmente suportará a autora, ante a execução provisória do julgado, não só pela multa diária fixada, mas sobretudo pelo dever de reintegrar os trabalhadores desligados e pelos pleitos trabalhistas individuais que deverão advir da condenação ocorrida”*.

Gilmar Mendes ainda ressaltou que a questão da discriminação por idade deveria ser estabelecida conforme critérios individuais. Na concepção do ministro, a indenização é maior quanto maior for o tempo de empresa e, desta maneira, os empregados com mais idade receberão, v. g., maior indenização que os outros.

Assim, a partir da presunção equivocada de que os 680 empregados teriam recebido o PDI (plano de desligamento incentivado) da empresa, argumentou que, para estes empregados era interessante o recebimento de tais verbas, o que desconstituiria o caráter discriminatório da medida.

Partindo do pressuposto de que *“(…) 680 empregados – com 40 anos ou mais – que teriam sido dispensados de forma discriminatória, mediante adesão a Programa de Desligamento Incentivado (PDI), em 1999”*, o Ministro concedeu liminar no sentido de conferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário em questão, mesmo a despeito do voto divergente de autoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, que fixou no âmbito do TST a seguinte premissa: *“(…) há de se ressaltar que, ao contrário do que sustenta a Reclamada, a ruptura contratual não decorreu da adesão dos empregados a um plano de demissão incentivada.”* Ou ainda, conforme o Ministro Godinho: *“(…) 72% tinham entre 35 e 50 anos de idade. Esse percentual é muito significativo e revela que a idade foi, sim, fator considerado pela empresa na escolha de pessoas que seriam despedidas.”*

Em outras palavras, o critério idade foi discriminatório, pois trata-se de fator no qual baseou-se para demitir os empregados. Neste diapasão, ressalta que: *“(…) é inadmissível o tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante.”*

Deve-se aclarar aqui que o *periculum in mora* é argumento mais favorável para os trabalhadores do que para a empresa, visto que a perda patrimonial pouca relevância tem frente ao bem da vida, já que aproximadamente 80 obreiros deste grupo já faleceram e outros diversos estão em situação de saúde muito grave e há outros que por não possuírem mais plano médico -suspensão pela despedida discriminatória- não possuem mais nenhuma profilaxia em sua saúde e por via reflexa, o tempo de desemprego se elastece.

Corolário deste raciocínio, Wilson Ramos Filho⁴¹ aponta

(...) Da mesma forma que o trabalho passou a ser considerado como um imperativo moral, na fase liberal do capitalismo nascente, de modo correlato pouco a pouco os reformadores sociais passam a sustentar que o desemprego deve ser percebido como um risco social independente da vontade dos trabalhadores supondo a necessidade de uma gestão coletiva para ser combatido”.

Por outro viés, ainda mais perverso, há risco de restar incólume a atitude temerária patronal, decorrente do despedimento daquela que ficou conhecida como a maior dispensa massiva das telecomunicações brasileiras. Tal ruptura contratual vitimou 680 trabalhadores que viram um direito que lhes pertencia por evidência, ser surrupiado ao arpejo das normas trabalhistas e constitucionais, vigentes em nosso ordenamento.

Note-se que todos estão albergados pelo Estatuto do Idoso, pasmem!!

4. CONCLUSÃO

Atualmente, pode ser observado que um dos maiores problemas do direito é a efetividade, sendo um fato perene entre os operadores do direito. No entanto, neste caso assim como em outros, vislumbra-se a possibilidade de mudança, pois o Direito guarda poder como ator social e suas decisões impactam na sociedade. Desta maneira, para que contribuamos para mudanças positivas, incentivando a relação de trabalho justa e o respeito entre o empresariado e o empregado, a coisificação do empregado não pode ser levada adiante.

Ou seja, deve-se haver maior solidariedade no que tange aos interesses coletivos, amalgamando-se artifícios anti-*discrimen* nas despedidas para que se evite o abuso de direito de rescisão. Deve-se, portanto, pedagogicamente, indenizar-se por danos morais acrescidos de reparação (artigo 4º, Lei 9.029/95), consequente

41 FILHO RAMOS, Wilson. **Trabalho e Regulação: O direito capitalista do trabalho e as crises econômicas**. In Trabalho e Regulação no Estado Constitucional. Wilson Ramos Filho (Coord.). Juruá Editora. Curitiba. 2010. p.348

readmissão, sem prejuízo dos salários do período de afastamento, sendo que o valor deve corresponder ao dobro da remuneração neste intervalo.⁴²

Ou ainda, nas palavras de André Luiz Proner: “O desrespeito corrente a normas trabalhistas de tutela dos trabalhadores pode ser modificada por juízes, representantes do Ministério Público e advogados, superando o tratamento desigual e discriminatório concedido ao empregador elinqüente, a partir da concepção de que se trata de bens jurídicos de natureza constitucional que protegem a dignidade do trabalhador, sua integridade e saúde, sua liberdade e autodeterminação, que influenciam o sustento do trabalhador e de sua família, e, em última instancia, repercutem na própria economia do país.”⁴³

Evidencie-se a impossibilidade, nos tempos atuais, em se aceitar a prática de atos discriminatórios, bem como a expressão de pensamentos que atinjam a dignidade da pessoa humana, ante a imperiosa necessidade de salvaguardar os direitos e garantias individuais, inclusive concernentes a empregabilidade por faixa etária, salvaguardando os postos de trabalho daqueles próximos da aposentadoria e que as empresas sejam instadas por constrição legal a possuir políticas internas de manutenção no emprego a esta parcela de trabalhadores.

A ACP 20517/1999 completou 17 anos de idade no STF (tempo coincidente com a privatização das telecomunicações brasileiras), mesmo a despeito do julgado ter ocorrido de forma bastante célere no Tribunal do Trabalho da 9ª Região.

Setenta e nove trabalhadores atingidos pela dispensa admoestatória e persecutória, vieram a falecer no decurso da ação (fato facilmente verificável nos próprios autos, notícias de falecimentos de alguns autores e outros acometidos de graves moléstias, sem plano da saúde e sem salários, porque foram discriminados!). Agrava-se tal situação, porque calcada na lei 9.029/95 versando específica e exatamente acerca de discriminação e o estatuto do idoso deveria alcançar os trabalhadores.

Correspectivamente, tais fatos ganham relevo, pois agravados pela questão fundante da ação: discriminação por idade, de trato sucessivo, vez que se renova minuto a minuto e o crime de *discrímen*, além de imprescritível é continuado na espécie.

42 MAIA, Marcelo Giovanni Batista. **Princípio da Não Discriminação no Direito do Trabalho**: perspectiva a partir dos direitos humanos *In* RAMOS FILHO, Wilson. **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 296.

43 PRONER, André Luiz. **A proteção à dignidade humana e a repressão ao neo escravismo**. *In* RAMOS FILHO, Wilson. **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 45.

Houve discriminação, tendo sido encerrada a discussão jurídica no âmbito da Justiça do Trabalho. A empresa recorreu da decisão final do TST por intermédio de Recurso Extraordinário em Agravo de Instrumento (AIRE) ao STF. Tendo ou não sucesso na instância extraordinária, quando ocorrer o trânsito em julgado do processo, seguramente os trabalhadores vítimas da discriminação terão novamente sido discriminados: pela idade do processo. Deveriam estar agasalhados pelo Estatuto do Idoso, pois todos com mais de 60 anos de idade.

Recairá sobre alguém ou alguma instituição esta culpa continuada, vez que minuto a minuto se renova a discriminação, com o tempo processual em desconformidade com o tema de fundo: dispensa motivada por idade. Os atores sociais aguardam e aguardam.

Readmitir cadáveres, decerto é o que pretende a ex-estatal, *prima facie*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACCARI, Cristina Baida. **Discriminação social, racial e de gênero no Brasil**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1991/Discriminacao-social-racial-e-de-genero-no-Brasil>. Acesso em: 10.08.2013.

BANDEIRA, Lourdes e BATISTA, Analía Soria. Preconceito e Discriminação como expressões de violência. *In: Estudos Feministas*. Florianópolis: UFSC, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **Discriminação no emprego por motivo de sexo**. *In* VIANA, Márcio Túlio, e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTR, 2000.

BERNARDET, Jean-Claude. Ser ou não ser não é a questão. *In*: PINSKY, Jaime (org.). **12 faces do preconceito**. 9ªed. São Paulo: Contexto, 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista no 44357/2002-900-04-00. Relator: Ministro Horácio Senna Pires. Brasília, 14 de agosto de 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista no 14/2004-037-02-00. Relator: Ministra Dora Maria da Costa. Brasília, 04 de dezembro de 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista no 129200-24.2003.5.11.0002. Recorrido: Ministério Público do Trabalho. Recorrente: TELEPAR. Relator: Ministra Maria Cristina Iriyoyen Peduzzi. Brasília, 20 de novembro de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Federal. Recurso Extraordinário no 163231. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 29 de junho de 2001.

BRASIL. Lei no 9.029/95, de 13 de abril de 1995. **Lex**: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, 1999. Suplemento.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 9ª Região. Recurso de Ordinário no 16.633/95. Relator: Juiz Ricardo Sampaio. Curitiba, 17 de julho de 1997.

CAPLAN, Luciana. O Direito do Trabalho e a Teoria Crítica dos Direitos Humanos *Apud* DA SILVA, Alessandro; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMMER, Marcelo. **Direitos Humanos: A Essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2007.

CONFERENCIA EUROPEA CONTRA O RACISMO. **Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia, Intolerância Conexa**. Procuradoria-Geral da República: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=conduta>. Acesso em: 03.08.2013.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FILHO RAMOS, Wilson. **Trabalho e Regulação: O direito capitalista do trabalho e as crises econômicas**. In Trabalho e Regulação no Estado Constitucional. Wilson Ramos Filho (Coord.). Juruá Editora. Curitiba. 2010. p.348

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da Mulher no Emprego**. Curitiba: Gênese, 2003.

LIMA, Firmino Alves. **A proibição da discriminação na Constituição Federal de 1988 e a ausência de normas infraconstitucionais adequadas para a regulação deste importante princípio**. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>. Acessado em: 27.07.2013.

JAKUTIS, Paulo. **Manual de Estudo da Discriminação no Trabalho: estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos**. São Paulo: LTR, 2006.

JAKUTIS, Paulo. **Manual de Estudo da Discriminação no Trabalho: estudos sobre discriminação, assédio sexual, assédio moral e ações afirmativas, por meio de comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos**. *Apud* BUERGENTHAL, Thomas. **International Human Rights in a Nutshell**. Minnesota: West Publishing Company, 1988.

MAIA, Marcelo Giovanni Batista. **Princípio da Não Discriminação no Direito do Trabalho: perspectiva a partir dos direitos humanos** In RAMOS FILHO, Wilson. **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARQUES, Christiane. **O contrato de trabalho e a discriminação estética**. São Paulo: LTr, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O deficiente e o Ministério Público**. Revista Justitia, vol. 50, n. 141, 1988.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. **Direito das Minorias – Proteção e Discriminação no trabalho**. Campinas: Editora Alinea. 2004

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Proteção Jurídica ao Trabalho dos portadores de deficiência. In: VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Discriminação**. São Paulo: LTR, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas** *Apud Repensando o Direito de Família – ANAIS do 1º Congresso Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)*, Belo Horizonte, 1999.

PRONER, André Luiz. **A proteção à dignidade humana e a repressão ao neo escravismo**. In RAMOS FILHO, Wilson (coord.). **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2010.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Proteção ao portador do vírus HIV e ao Aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei**. In: VIANA, Márcio Tulio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTR, 2000.

SALGADO, M. A. **Revista a Terceira Idade**. *Apud Direito das Minorias: proteção e discriminação no trabalho*. Campinas: Alínea Editora, 2004.

TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. **A igualdade, o princípio da proibição da discriminação e as ações afirmativas como promoção dos direitos humanos, à luz da teoria crítica**. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/109_igualdade_acoes_afirmativas.pdf. Acessado em: 15.08.2013.

DERECHOS SOCIALES Y CONSTITUCIÓN MATERIAL: IDAS Y VENIDAS EN LA EXCLUSIÓN MATERIAL

María José Fariñas Dulce¹

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la puesta en marcha del Tratado de Maastricht y del proyecto de la moneda común, se inició en los países europeos un nuevo proceso constituyente de carácter antisocial y antidemocrático, a espaldas de la ciudadanía. No es algo casual, sino que responde a una estrategia ideológica conservadora, iniciada en la década de los años 70 del siglo XX en Estados Unidos, conocida como neoliberalismo. El inicial proyecto político y social de la construcción europea fue, de esta manera, cooptado por dicha ideología. Los grandes centros de poder financiero decidieron destruir el legado de la cultura socialista e internacionalista, que se opuso al fascismo y constituyó el germen político de la construcción europea, e introducir un cambio fundacional en ella

A diferencia de los países latinoamericanos, donde el proyecto ideológico del neoliberalismo fue llegando de manera individual a cada país, tras su inicial éxito privatizador en el Chile de Pinochet y en la Argentina de Menem, en Europa la estrategia neoliberal llegó a través de la creación de instituciones europeas comunes y del proyecto de la moneda única. El eje central fue la creación de un Banco Central Europeo, que nunca tuvo competencia para prestar dinero directamente

1 Catedrática de Filosofía e Sociologia do Direito do Campus III da *Universidad de Madrid*.

a los Estados miembros, sin embargo si la tenía para hacer préstamos a los bancos con un interés muy bajo. Estos, a su vez, prestaban el dinero a los Estados, pero con intereses mucho más elevados. De esta manera, el capital financiero de los oligopolios económicos se fue fortaleciendo, paralelamente a la creación de las instituciones europeas comunes, hasta el momento actual en el que ejerce un poder casi total².

En una entrevista aparecida en febrero de 2012 en las páginas del *Wall Street Journal*, Mario Draghi, presidente del Banco Central Europeo (BCE), afirmaba que el modelo social europeo «ha muerto»³. ¿Estamos ante una profecía auto-cumplida?

Está claro que está mal visto ser *anti europeísta o euro escéptico*, pero lo cierto es, que la UE actual se ha convertido en un escenario de confrontación entre países ricos y países pobres, con un juego de suma cero: si unos ganan, otros pierden. Es necesario hacer una refundación política de la UE. La actual Europa el euro es política, social y culturalmente un fracaso. Es imprescindible que Europa consiga articular un proyecto social y económico común. La Europa del euro no podrá funcionar sin una autoridad política, que equilibre las diferencias y desigualdades entre los países (norte-sur) y sin que existe una estrategia de desarrollo común. De lo contrario la deriva *anti europeísta*, abonada por un creciente discurso nacionalista y proteccionista ante la crisis financiera, encontrará un terreno abonado. Y el peor escenario posible puede darse, si la desconfianza hacia Europa, sus políticas de austeridad, recortes de derechos y privatizaciones, deriva también hacia una desconfianza en la democracia.

No cabe duda de que los derechos y principios recogidos en el ámbito de la Constitución material presuponen una visión antropológica, producto de una reflexión moral previa. Esta, que se configura como uno de los presupuestos del constitucionalismo moderno europeo, proporciona una imagen moral de los seres humanos y de cómo han de articularse social y jurídicamente. Por ello, un

2 La deficiente construcción política institucional de la UE ha permitido un amplio espacio para la influencia del *lobby bancario financiero* en la elaboración de las directivas europeas. Véase el análisis sobre el funcionamiento actual de los *Lobbies financieros*, en Juan Hernández Viguera, *Los lobbies financieros, tentáculos del poder*, Madrid, Clave Intelectual, 2013.

3 Cfr. B. Blackstone, M. Karnitshnig, R. Thompson, “Europe’s Banker Talks Tough”, en *The Wall Street Journal*, 24 de febrero de 2012

cambio en las bases éticas de la Constitución, implicaría un cambio en la concepción de la “ciudadanía”.

2. REGULACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

El primer texto constitucional que proclamó, junto a los derechos individuales, los derechos sociales y económicos de los trabajadores y campesinos fue la Constitución mexicana de 5 de febrero de 1917, expresión del liberalismo social y de la ideología revolucionaria. Posteriormente, estos derechos fueron incorporados en la Constitución de la República de Weimar de 14 de agosto de 1919. Otras Constituciones revolucionarias, como la soviética de 1936 o la española de 1931⁴, seguirían los mismos pasos.

Tras la crisis de 1929, y concluida la Segunda Guerra Mundial, se fue fraguando el denominado “consenso social-demócrata”, que permitió la progresiva protección institucional del trabajo y de los derechos a él asociados mediante una compleja organización de las estructuras sociales y económicas. Se abre la puerta, de esta manera, al constitucionalismo social, uno de los ajustes más importantes en el ámbito de la Constitución material.

La narrativa jurídico-política oficial enfatizaba que, hasta ese momento, el Estado liberal no intervenía en la vida económica y social y se limitaba a garantizar formalmente la libertad contractual, la propiedad privada y la seguridad jurídica. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. El Estado liberal moderno, desde su origen, siempre intervino en la distribución del poder social y económico, preservando la situación de las elites económicas y empresariales. Los derechos de los ciudadanos, recogidos en la Constitución material, se estructuraron en base a la autonomía individual y a las relaciones contractuales entre individuos-propietarios libres, tal como lo argumentó John Locke. Es decir, pivotaron sobre un actor social muy particular: hombre, libre y propietario.

Se generó entonces un equilibrio político y económico liberal, que fue derivando en un anti-individualismo estructural, en base al cual se legitimó desde el

4 La constitución republicana de 1931 trazó un programa transformados en lo social y en la ampliación de derechos, que fue truncada por un golpe de estado fascista. Véase Rafael Escudero, *Modelos de democracia en España (1931-1978)*, Madrid, Península, 2013.

principio la concentración de poder en élites y grupos económicos, que acabarían dominando el mundo, y a cuyo rescate siempre acude el estado.. Y esto se consiguió mediante el intervencionismo del Estado liberal a favor de dichos grupos e impidiendo el acceso a los derechos y libertades de las clases desposeídas de la propiedad. Se conjugó entonces el triunfo del individualismo ético burgués respaldado por la moral judeocristiana más conservadora. Los derechos constitucionalizados en ese momento fueron una suerte de “lujo politizado” en manos de una clase social (la burguesía de propietarios libres), una raza (la blanca) y un género (los hombres).

Cuando se constitucionalizaron y se regularon los derechos sociales y económicos, se invirtió el sentido del intervencionismo estatal en la economía. El ajuste en la Constitución material fue limitativo del poder económico, introduciendo un nuevo principio rector: la solidaridad pública. En ese momento, se comenzaba a intervenir en favor de aquellos ciudadanos, que no tenían otra manera para sobrevivir que su trabajo. Se aceptó la opción moral de que el Estado tenía también que asumir una responsabilidad en el bienestar de los ciudadanos. Este intervencionismo permitió la integración de la clase trabajadora en el sistema mediante la progresiva adquisición de derechos a cambio de la renuncia de ésta a la revolución. Permitió también introducir ciertos límites a la tendencia liberal de mercantilizar las relaciones sociales.

A partir de la década de los años setenta del siglo XX, tras el Consenso de Washington, el giro monetarista y el auge de la doctrina económica neoliberal y del neoconservadurismo político, se comienza a introducir un nuevo ajuste en el ámbito del constitucionalismo material y de sus principios rectores. En esta ocasión, el ajuste económico se lleva a cabo especialmente sobre los derechos laborales y los derechos sociales, en favor de nuevo de las oligarquías empresariales y, ahora también, financieras⁵. Y el ajuste político neoconservador se lleva a cabo a favor de la seguridad (física de los individuos) y en detrimento de la libertad de los ciudadanos. De nuevo, se aboca a la ciudadanía al viejo dilema ético *hobbesiano* entre libertad *versus* seguridad, que es utilizado como coartada para la gestión política del miedo⁶. Pero, paradójicamente, la absolutización de la seguridad

5 Sobre las tensiones entre capitalismo y democracia, véase. Gerardo Pisarello, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011

6 En definitiva, el falso dilema ético de si la democracia ha de proteger la dignidad de las personas o la dignidad de los ciudadanos. Véase, María José Fariñas Dulce, “Los Derechos Humanos como

física, sobre otros valores (libertad, igualdad, solidaridad), acaba generando una gran sensación de inseguridad vital en la ciudadanía.

Tras cuarenta años de ajuste neoliberal, el resultado está siendo demoledor para las clases trabajadoras y populares, que ven como sus rentas laborales disminuyen, sus derechos se precarizan y las promesas de ascenso social se frustran tras la privatización de los servicios públicos y la regresión social. Esto, junto al rechazo evidente de la oligarquía a contribuir a las arcas públicas y a los gastos comunes, está convirtiendo la crisis económica en una crisis de derechos y, consecuentemente, en una amenaza para la dimensión emancipadora de la democracia.

Las actuales políticas de austeridad tienen como objetivo la privatización de servicios públicos y derechos sociales. Este tipo de respuestas ante la crisis económica se corresponde con una estrategia ideológica. Por ello, aquellas no son coyunturales, sino que persiguen un cambio de modelo, cuyos pilares son la desaparición del Estado Social, un estado privatizado, políticas asistenciales en la pobreza, un sistema jurídico más represivo que garantista (enfocado en el derecho penal del enemigo) y priorización de la defensa de la seguridad física de los individuos frente a la seguridad y libertad de los ciudadanos.

3. DESREGULACIÓN: LA TÉCNICA JURÍDICA DE LA GLOBALIZACIÓN

Los instrumentos del proceso ideológico de la globalización neoliberal son claramente conocidos y se pueden resumir en los diferentes ámbitos de *desregulación*, que en las últimas décadas se han venido desarrollando. La *desregulación* es la técnica jurídica más característica del proceso de la globalización⁷, en base a la cual se han incorporado nuevos ajustes en el ámbito de la Constitución Material y, especialmente, en el constitucionalismo social.

Pero no significa, como algunos creen, ausencia de normas jurídicas, ausencia de derecho, sino que significa un cambio en los objetos materiales y formales

instrumentos de paz. Pluralismo, Conflicto y Diálogo”, en M. Restrepo (Dir), *Derechos Humanos, Barbarie y Paz*, UPTC-Tunja (Colombia), 2013, pp. 77 y ss..

7 Cfr. A-J Arnaud y M^a José Fariñas, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un Análisis Sociológico*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III, 2006, 2^a edición p.323.

de la regulación. Sin embargo, ha ido consolidando en el imaginario social una cierta *cultura de la ilegalidad*.

En primer lugar, la **desregulación de los mercados financieros**, que condujo a un gran espacio de especulación, que ha cambiado la fisonomía de la estructura capitalista. Del capitalismo industrial de la producción se ha pasado al capitalismo de la especulación (capitalismo de casino), donde se hace dinero a partir del dinero y la economía financiera domina a la economía real. Esto ha producido un divorcio entre ambas de consecuencias todavía imprevisibles⁸. La amplia volatilidad del dinero ha provocado la actual crisis financiera global, así como la concentración de capital en oligopolios globales y una especulación agresiva de la mano de verdaderas “armas de destrucción masiva”, con la utilización de derivados arriesgados.

La *desregulación financiera*, que ha caracterizado estas últimas décadas, ha tenido efectos ya en la economía real, pero también puede tener efectos mucho más allá. Puede repercutir negativamente en la democracia. El movimiento libre de capitales crea lo que algunos han llamado un “parlamento virtual” de inversores y prestamistas que pueden controlar de cerca los programas gubernamentales. Por ello, la reconfiguración del control (re-regulación) de movimientos de capitales y la regulación del mercado de divisas es un elemento clave para el sostenimiento de la democracia (que es lo que realmente se pactó en el sistema de Bretton Woods y se desmanteló, en los años 70, con la era neoliberal) y, mucho más, para el desarrollo de políticas sociales democráticas.

Después la **desregulación política**, en la que la actividad política se ha ido convirtiendo en una mera gestión técnica de cosas y personas, al servicio de las necesidades de las oligarquías empresariales y financieras globales. Las consecuencias inmediatas han sido: 1) la privatización de los espacios públicos y comunitarios de la ciudadanía, en tanto expresión de subjetividades individuales y colectivas; 2) la pérdida de legitimidad del poder político y de sus actores gubernamentales; 3) el debilitamiento del Estado como actor político; 4) la redefinición del papel regulador del Estado, en relación con el grado de intervención en el funcionamiento del mercado; y 5) el predominio de los oligopolios financieros que

8 Algunos datos apuntan a un cierto freno de la globalización financiera. Según **un informe de la consultora McKinsey**, titulado, *Financial globalization: Retreat or Reset?*, 2013, la crisis ha provocado una des-globalización financiera, especialmente marcada en Europa. Parece que el flujo global bancario se está frenando, aunque no sabemos si para resurgir con más fuerza en el corto plazo.

cooptan la acción política de los gobiernos. Esta desregulación ha afectado negativamente en la estructuración democrática de las sociedades y hace cada vez más difícil el libre ejercicio de los derechos políticos. La capacidad de actuación de los gobiernos democráticos se estanca. Y el pesimismo sobre la democracia va en paralelo al pesimismo sobre la situación económica en los países desarrollados.

Es evidente, a la vez que cansino, el distanciamiento entre una ciudadanía, cada vez más mermada en sus condiciones de vida y derechos, y unas instituciones políticas empeñadas en desarrollar únicamente funciones de gestión, técnicamente adecuadas a las necesidades económicas y financieras. El barómetro del CIS de diciembre de 2012 y del Eurobarómetro lo confirman machaconamente: casi uno de cada tres españoles identifica a los políticos y a los partidos entre los tres problemas más importantes de España. Un año atrás esa misma valoración se daba en uno de cada cinco ciudadanos. Esto se debe, principalmente, a que los ajustes estructurales del neoliberalismo se relacionan materialmente con la exclusión de amplios sectores de la población del acceso a la ciudadanía, a los derechos y a servicios públicos. Y todo eso está generando un gran desaliento democrático, hasta el punto que los recortes en derechos sociales están produciendo también merma en los derechos políticos.

La desafección política es un problema grave. Lo será más, si deja de estar vinculada a los acontecimientos coyunturales (los casos de corrupción o las consecuencias de la gestión política de la crisis económico-financiera) y se convierte en un aspecto estructural de los actuales sistemas políticos democráticos. De momento, no hay muchos motivos para creer en una recuperación inmediata de la confianza de los ciudadanos en sus instituciones políticas. Parece un problema de más largo alcance, cuyo mayor riesgo está en que la desconfianza hacia las instituciones políticas derive en una desconfianza hacia la democracia⁹.

Sin embargo, la actual desconfianza hacia la clase política no parece que sea sinónimo de pasotismo, como en ocasiones se interpreta, sino de ciudadanos más críticos y exigentes con el sistema. Ahora quienes perciben a los políticos y a los partidos como problema tienen más estudios y se consideran más informados sobre política, que el resto. Además, aunque están más insatisfechos con el fun-

9 Sobre el malestar desarrollado por las promesas incumplidas de la democracia, junto con el contexto de inseguridad y angustia socioeconómica generado por la crisis económica y la respuestas políticas a la misma, véase Andrea Greppi, *La democracia y sus contrarios. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid, 2012.

cionamiento de la democracia, muestran mayores niveles de apoyo a este sistema como mejor régimen político. Aunque tradicionalmente se asocia la desafección política en España con ciudadanos alejados y desinteresados de la política, no es ese el caso de la creciente desconfianza de la ciudadanía española hacia sus representantes políticos.

En definitiva, la desafección no es fruto de la despreocupación o de actitudes negativas hacia la política en general, sino de la insatisfacción con el funcionamiento del sistema de ciudadanos, que se interesan por los asuntos públicos. Y expresan su insatisfacción, manifestando demandas emotivas de inclusión social, participación política y autonomía personal (15-M: Movimientos de los Indignados). Por ejemplo, que los jóvenes busquen nuevas formas de participación en la vida social, política y económica al margen de las formaciones políticas tradicionales y de los sindicatos, significa que no pasan de la política. Pero necesitan espacios comunitarios de reflexión. En las redes sociales, en las plataformas ciudadanas encuentran otra manera de hacer política y de expresar sus demandas: una democracia más participativa.

Sabemos que la política, a través del instrumento propio de la modernidad, el Estado de Derecho, ha sido y debería seguir siendo capaz de construir espacios materiales de ciudadanía, donde nadie quede excluido del acceso a los derechos, a la libertad y a la igualdad. Sin embargo, este objetivo está muy alejado de las actuales instituciones políticas, tanto en el ámbito nacional, como en el europeo. Austeridad económica y autoritarismo político parecen ser cada vez más las características de la actual política europea. Pero es, sin duda, uno de los peores escenarios posibles.

Al tiempo, la *desregulación del trabajo*, con las sucesivas oleadas de externalización laboral llevadas a cabo desde los países industrializados hasta los países emergentes, que ofrecen manos de obra barata y donde la condición laboral está menos o nada protegida jurídicamente (las externalizaciones industriales, ya consolidadas, y las de servicios, ahora en proceso) y la presión fiscal es escasa. El grueso de la producción industrial se trasladará a los países emergentes o en vías de desarrollo y desaparecerá prácticamente de las economías avanzadas, donde está por ver si surgirán nuevos modelos de negocio y de trabajo. Éste es un hecho demasiado poderoso de la globalización. Avanza y seguirá avanzando en diferentes ámbitos de la producción, especialmente ahora en lo relacionado con los servicios (centros de llamadas, creación de *software* para finanzas, contabilidad, medicina e ingeniería, procesamiento de datos, algunas partes del I+D+i), que se

transfieren a firmas independientes en lugares como la India, Israel, China o antiguos países del Este. Tanto la externalización industrial de las últimas décadas, como la más reciente de servicios, han costado y seguirán costando su medio de vida a numerosos trabajadores de los países ricos.

Esta *desregulación del trabajo* tiene una consecuencia directa en la estructuración democrática de las sociedades modernas occidentales. El trabajo ha dejado de ser el elemento central de estructuración social. Se ha quebrado el vínculo social de la integración de los ciudadanos con su sociedad, esto es, su trabajo y los derechos a él asociados. Con la desregulación del mercado laboral se ha abierto el camino a la privatización del vínculo social, de consecuencia todavía no previstas.

Y, finalmente, la ***desregulación de las tierras, de los bienes públicos y de los recursos naturales***, que se abren al negocio privado en muchos países, bajo la coarta de “atraer capital extranjero” y conseguir “inversiones”. Es un proceso de “extranjerización” de la tierra a favor de los capitales extranjeros, que la acaparan y mercantilizan, por ejemplo, para los monocultivos, que destruyen las economías y agriculturas locales, generando grandes desplazamientos de población.

Cada una por separado, y todas ellas juntas, conllevan una progresiva y silenciosa *desregulación de derechos*¹⁰. Se va perdiendo el contenido limitativo de las normas constitucionales que regulan derechos (*constitución material*), o bien por falta de desarrollo, o bien por el vaciamiento de su eficacia práctica, o bien por su cuestionamiento teórico. El constitucionalismo neoliberal global ha abierto en Europa un proceso de “desconstitucionalización” de derechos. Estamos en una situación de “regresión constitucional”, que choca con las expresiones del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que ha iniciado una nueva vía de reconocimientos de derechos, marcada por el carácter pluralista, intercultural y biocéntrico.

Por otra parte, la erosión del papel regulador del Estado en las relaciones sociales y económicas, así como su centralidad política, y la supervisión de los organismos internacionales representan una quiebra de legalidad, que hace que el mundo sea ahora más inseguro en todos los ámbitos de actividad.

Como contrapunto a todos estos elementos *desregulados*, el único instrumento que ha adquirido hasta el momento una dimensión global formalizada

10 Cfr. Gavin Anderson, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford and Portland, Oregon, 2005

jurídicamente es el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, que es el regulador del régimen de libre comercio a nivel global¹¹.

4. LIBERALIZAR VERSUS PRIVATIZAR

No es lo mismo liberalizar (desregular) que privatizar. Las diferentes clases de *desregulación* no han servido, como se prometía, para liberalizar –al estilo del liberalismo clásico–, sino para reforzar los oligopolios y monopolios globales de la mano de las privatizaciones de sectores estratégicos de la economía y de los sectores públicos, -al estilo del neoliberalismo del siglo XXI-¹².

Las privatizaciones han servido para consolidar a los grandes oligopolios y monopolios globales en diferentes sectores empresariales, así como el unilateralismo económico, y no para abrir el mercado a *otros*, ni para democratizar su funcionamiento, ni para hacerlo más competitivo.

Liberalizar no significa reducir el Estado, ni tampoco desregular globalmente. Al contrario, la liberalización necesita de buenos controles y regulaciones eficaces para, de esta manera, poder garantizar la libre competencia, principio básico del liberalismo clásico. La utopía liberal del “libre mercado” ha sido utilizada por el neoliberalismo y sus “depredadores” económicos como coartada para la privatización (¿o deberíamos decir apropiación indebida?) de empresas y servicios públicos, así como para generar oligopolios globales que destruyen la competencia libre y leal.

La fórmula neoliberal, consistente en desregular y a la vez privatizar sectores básicos de la actividad pública, representa el peor de los escenarios posibles. Porque cuanto más se privatiza y, por lo tanto, se reduce el gasto público, más se pueden bajar los impuestos especialmente a las rentas más altas y a las grandes empresas. Y más pueden éstas acumular capital, reforzando el actual sistema de

11 Un buen análisis pormenorizado de estas y otras transformaciones globales puede encontrarse en Saskia Sassen, *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Buenos Aires, Katz Editores, 2010.

12 Para un análisis de la estructura liberal clásica frente a las estrategias actuales del neoliberalismo, y su repercusión en los derechos, véase Manuel Restrepo Domínguez, *Economía y Derechos Humanos. Del liberalismo al neoliberalismo*, UPTC, Tunja, 2010.

monopolios globales, como vienen haciendo desde hace décadas. El comercio mundial ahora no es libre, sino que está concentrado entorno a monopolios globales, que imponen sus reglas, impidiendo la competencia libre y leal.

De esta manera, una reducida elite económica y empresarial ha asestado un duro golpe al contenido normativo de los derechos sociales, económicos, políticos, civiles y medioambientales de todos los seres humanos. Esta es una estrategia ideológica puesta en marcha hace varias décadas, que aprovecha la crisis financiera mundial para acelerar sus objetivos. Por ejemplo, en EEUU, como en otros países, hace tiempo que el Estado se ha ido configurando como un “Estado Corporativo”¹³, cuyos pilares básicos han sido las industrias militar, farmacéutica, petrolera y de materias primas. A su vez, se ha visto fortalecido por el desarrollo del proyecto ideológico de la globalización económica neoliberal, promoviendo el enriquecimiento del sector privado en detrimento del sector público.

5. LOS DERECHOS SOCIALES TRAS LA GLOBALIZACIÓN

El ámbito de la *constitución material* siempre ha sido un espacio dinámico de permanente tensión entre las fuerzas económicas y las necesidades sociales. Un espacio de idas y venidas, ajustes y reajustes, expansión y repliegue. El actual ajuste neoliberal está minimizando las necesidades sociales y generando la exclusión de amplios sectores de la ciudadanía, en favor de aquéllas. Está *desregulando derechos sociales y laborales* y volviendo a reforzar el intervencionismo estatal a favor de los poderes económicos, bancarios y financieros.

El neoliberalismo del tercer milenio está acabando con el valor de la solidaridad y asestando un golpe mortal a las estructuras de la democracia parlamentaria, que han constituido las bases de los Estados de Bienestar de las sociedades occidentales. La desindustrialización, a la que han asistido la mayoría de los países

13 Cfr. James K. Galbraith, *The Predator State. How Conservatives Abandoned the Free Market and Why Liberals Should Too*, The Free Press, New York, 2008, quien afirma que “desde hace años el Mercado está viciado, capturado por depredadores económicos disfrazados de liberales. Esto ha dado lugar a un sistema económico en el cual sectores enteros han sido creados para aprovecharse de los sistemas públicos originariamente creados con propósitos públicos y para servir, en gran medida, a la clase media”.

occidentales en los últimos años, ha provocado una fragmentación en los valores solidarios de la clase trabajadora frente al individualismo neoliberal imperante.

Los derechos sociales están transitando desde su inicial reconocimiento constitucional, pasando por una situación de debilidad estructural, hasta su cuestionamiento teórico actual. La mistificación del mercado ha conducido a justificar las desigualdades socioeconómicas como algo natural e inevitable. Y los derechos sociales y laborales como elementos que *distorsionan* el libre funcionamiento del mercado¹⁴.

Se va introduciendo, así, un nuevo cambio fundacional en el ámbito de la constitución material. Las políticas derivadas del mismo, desregulación, privatización, austeridad presupuestaria, autoritarismo político no son algo coyuntural como respuesta a la crisis, sino que vienen con voluntad de permanencia, y representan un cambio en la concepción de la ciudadanía. Ya se pusieron en marcha en Alemania hace casi una década.

El estudio *Acabar con la competitividad*, publicado conjuntamente por ATTAC Francia y la Fundación Copernic¹⁵, resume así las grandes etapas de los ataques a las conquistas de los trabajadores de Alemania y a sus derechos sociales y económicos: “Las leyes Hartz (por el nombre del ex Director de Recursos Humanos de Volkswagen y consejero de Gerhard Schröder) se han aplicado de forma gradual entre 2003 y 2005. Hartz I obliga a los parados a aceptar el empleo que se les propone, incluso por un salario inferior a su subsidio de desempleo. Hartz II instituye “mini-jobs” (mini trabajos) a menos de 400 euros mensuales (exentos de cotizaciones sociales salariales). Hartz III limita a un año el pago de los subsidios de desempleo para los trabajadores mayores y endurece las condiciones de acceso a los mismos. Hartz IV fusiona el subsidio de paro de larga duración y las ayudas sociales, y les pone un techo de 345 euros por mes. A las leyes Hartz se añaden las reformas sucesivas de las jubilaciones y del sistema de salud pública: jubilación por capitalización (jubilaciones Riester); subida de las cotizaciones, retraso de la edad legal de jubilación (objetivo 67 años en 2017)”. Los autores de este estudio subrayan: “El conjunto de estas reformas ha llevado a un impresionante aumento de las desigualdades sociales. Es un aspecto a menudo olvidado del “modelo ale-

14 Más ampliamente en María José Fariñas Dulce, *Mercado sin Ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005.

15 Cfr. ATTAC-Fondation Copernic, *En finir avec le compétitivité*, París, 2012, disponible en: <http://www.france.attac.or>.

mán” y vale la pena dar algunas cifras detalladas. Alemania se ha convertido en un país con muchas desigualdades: un anteproyecto de informe parlamentario sobre la pobreza y la riqueza acaba de establecer que la mitad más pobre de la sociedad posee solo el 1% de los activos, contra el 53% para los más ricos. Entre 2003 y 2010, el poder de compra del salario medio ha bajado un 5,6%. Pero esta bajada se ha repartido de forma muy desigual: -12% para el 40% de los asalariados peor pagados, -4% para el 40% de los asalariados mejor pagados. Los datos oficiales muestran que la proporción de bajos salarios ha pasado del 18,7% en 2006 al 21% en 2010 y esta progresión de los bajos salarios -hay que subrayarlo- se hace por lo esencial en Alemania del Oeste”.

Por otra parte, es preciso no olvidar que existe un amplio campo de negocio en los bienes públicos que se están privatizando, por ejemplo, en Grecia y Portugal, y más aún en España e Italia, por el volumen de los mismos. Actualmente, estamos en un juego de suma cero: si ganan los países ricos, pierden los países más pobres de la UE. Esta ya ha dejado de actuar como motor de desarrollo de los países más débiles y como marco de integración. La doctrina neoliberal está imponiendo en la UE un contundente proceso de precarización y privatización del Estado de Bienestar, construido tras la II Guerra Mundial.

6. ¿QUÉ HACER? NUEVO PACTO GLOBAL ENTRE ECONOMÍA Y SOCIEDAD

La lógica del beneficio sin límite destruye las bases de la solidaridad social y del orden moral que lo sustenta. Pero sin orden moral, las personas no pueden comportarse como ciudadanos. Por ello una acción pública para reconstruir el orden social requiere ciudadanos, no personas cuyo individualismo implica un rechazo de la política como tarea colectiva.

Lo único con lo que cuentan los que no tienen poder son las instituciones políticas democráticas y los derechos a ellas vinculadas. Por eso necesitamos volver a regular la política, esa que muchos reivindican ahora con mayúsculas. La política, como horizonte utópico de emancipación, como promesa de cambio, liberándola de las garras de la gestión técnica de cosas y personas sin alternativa posible.

La política de principios del siglo XXI tiene como reto inmediato gestionar los graves desequilibrios y conflictos sociales derivados de la disociación entre la promesa de universalidad de derechos de la modernidad y la realidad deficitaria de los mismos, impuesta por la ideología de la austeridad y de la privatización. El problema está en que los recortes sociales y la austeridad no parece que sea algo coyuntural, sino que tienen pretensión de permanencia. La crisis es el pretexto para institucionalizar un modelo político privatizado en todo y asistencial en la pobreza. ¿Cómo garantizar, entonces, los soportes vitales para todos los ciudadanos? La lucha de clases empieza mostrar un nuevo rostro, por ejemplo con más del 50% de la población joven de los países del sur de Europa en desempleo.

El buen funcionamiento de la democracia requiere tanto de estabilidad económica, como de paz social. Gestionar las desigualdades sociales, económicas y territoriales constituye, a mi juicio, el mayor reto político de nuestra era.

Sin embargo, el maridaje feliz entre capitalismo y democracia está atravesando una profunda crisis. Francis Fukuyama vaticinó a comienzos del siglo XXI “el fin de la Historia” con el triunfo mundial de la democracia liberal de mercado sobre otras formas político-económicas. Ahora la fuerza compulsiva de los hechos, derivada de la eficacia del capitalismo chino o “capitalismo de valores asiáticos”, está dando al traste con aquella efímera profecía. El viejo comunismo totalitario chino parece ser en la actualidad el mejor administrador del capitalismo global del siglo XXI.

La política democrática no debería converger hacia los criterios del “capitalismo autoritario”, el denominado “capitalismo de valores asiáticos”. Esto sí supondría el “fin de la historia”, al menos el fin de la cultura occidental de los derechos humanos, las libertades, la democracia y el capitalismo del bienestar. Cuando los ciudadanos están dispuestos a renunciar a sus libertades a cambio de promesas de seguridad, o cuando mayoritariamente se aceptan políticas de austeridad económica junto con autoritarismo político, los derechos y las libertades progresivamente se suprimirán. Y cuando se suprimen derechos, se atenta directamente contra las bases estructurales de la democracia.

Al contrario, se debería buscar nuevas formas políticas horizontales, informales y alternativas, en defensa de los valores participativos de la organización social. Debería también –como propone Boaventura de SousaSantos- “desmer-

cantilizarse” y “democratizarse” internamente¹⁶, para frenar la deriva mercantilista y especuladora de las últimas décadas, en la que una reducida elite económica y empresarial ha asestado un duro golpe al contenido normativo de los derechos sociales, económicos, políticos, civiles y medioambientales de todos los seres humanos.

Frente a esta realidad es urgente construir políticamente nuevas utopías emancipadoras, capaces de generar esperanzas de futuro para la ciudadanía. Este es, sin duda, el gran reto de la política actual. Para ello, comparto con el filósofo esloveno Slavoj Žižek¹⁷ la propuesta de rescatar de las experiencias revolucionarias pasadas la idea de que es necesario el esfuerzo colectivo consciente por gobernar la sociedad, en contra de la propuesta liberal de dejar que sea el mercado (también una construcción social) quien nos guíe ciegamente hacia la catástrofe ecológica y mantenga la explotación del hombre por el hombre. Uno de los éxitos del capitalismo, resultado también de los fracasos revolucionarios, es la condena como totalitaria de toda acción colectiva consciente, cuyo objetivo sea imponer cierto control social. Ha ganado la visión liberal de que es mejor construir socialmente un mecanismo (el mercado) y dejarlo operar ciegamente, aunque nos lleve a la catástrofe ecológica, a la pérdida de derechos o a crisis financieras cíclicas. Para que esto no suceda, necesitamos recuperar esa dimensión colectiva de los proyectos emancipadores.

Pero no se trata de una simplificadora vuelta a las experiencias colectivas marxistas o comunistas, ni de reivindicar acríticamente el socialismo clásico, sino de ser capaces de construir activismos colectivos de resistencia frente al neoliberalismo global. Prácticas colectivas de disidencia y nuevas maneras de emancipación, desde los márgenes de los excluidos socialmente, construidas desde la excentralidad cultural, política y epistémica.

16 Boaventura de Sousa Santos, “Democratizar, desmercantilizar, descolonizar”, en *El Mundo. Opinión*, 12 de abril de 2012: “Desmercantilizar significa mostrar que usamos, producimos e intercambiamos mercancías, pero que no somos mercancías ni aceptamos relacionarnos con los otros y con la naturaleza como si fuesen una mercancía más. Somos ciudadanos antes de ser emprendedores o consumidores y, para que lo seamos, es imperativo que ni todo se compre ni todo se venda, que haya bienes públicos y bienes comunes como el agua, la salud, la educación”.

17 Cfr. Slavoj Žižek, *En defensa de las causas perdidas*, Madrid, Akal, 2011. La tesis básica de este libro, denso y complejo, es que el fracaso histórico de los proyectos revolucionarios emancipadores impide que veamos las aportaciones positivas de sus relatos, que ahora podrían ser útiles para construir movimientos de resistencia.

El reto de la izquierda del siglo XXI está en tomar conciencia de un cierto estado de depresión colectiva frente a la euforia neoliberal del consumo y de la producción destructiva de desigualdades. La desigualdad socioeconómica está produciendo también desigualdad política, territorial,.... Gestionar las desigualdades crecientes y recomponer los sistemas de protección social, debería ser el gran reto político de siglo XXI pero también la gestión de las emociones difusas y de las demandas expresivas ideologizadas de reconocimiento e inclusión política que alientan los diferentes tipos de protestas y movilizaciones sociales. Sin acción, no hay posibilidad de cambio.

Para alcanzar todo esto, se necesitan instrumentos jurídicos y políticos nuevos que adapten nuestras sociedades a los cambios tan radicales producidos en las últimas décadas, pero también unos valores convergentes para la transformación fundacional de las sociedades globales a la que estamos asistiendo. Un nuevo pacto social de carácter global mediante el cual, además de consensuar valores comunes, se busquen instrumentos eficaces para afrontar problemas inminentes, como la pobreza y las desigualdades, el desempleo, los desequilibrios demográficos, el acceso universal a los derechos o la destrucción del medioambiente y el cambio climático.

7. ¿ES LA CRISIS UNA OPORTUNIDAD PARA RELANZAR UNA EUROPA SOCIALISTA?

No estamos ante una crisis económica convencional o cíclica, sino ante el derrumbe de la última fase de un tipo de capitalismo global neoliberal basado fundamentalmente en la especulación del dinero a partir del dinero. Asistimos a una etapa de cambio o de tránsito paradigmático hacia un nuevo modelo de desarrollo económico. Por tanto, no estamos ante una cuestión meramente técnica de medidas económicas a adoptar (necesarias por otra parte en la coyuntura actual), sino ante un debate ideológico sobre el modelo político en el que esta última fase del capitalismo se ha asentado.

Somos conscientes de la crisis, pero todavía no tenemos un modelo alternativo definido. De ahí la situación de tránsito paradigmático. Esta es una oportunidad para que la izquierda socialista sea capaz de reorganizar las esperanzas de las clases populares negativamente afectadas por este modelo de capitalismo

especulativo. Para ello es necesario dosis de ideología y un proyecto político renovado, trabajando en el campo crítico de las ideas y recuperando la dimensión ética y estética de la acción política.

La izquierda ha de abanderar la propuesta de nuevo *pacto global* entre economía y sociedad, desembarazándose del economicismo y del tecnicismo conformistas con el neoliberalismo, que ha caracterizado al centro izquierda europeo de las últimas décadas, y apelando al núcleo de la sociedad. De lo que se trata ahora es de “civilizar la economía, para así poder civilizar la sociedad”, incrementando el potencial emancipador de la política y evitando las regresiones sociales (nacionalismo, xenofobia, enfrentamiento identitario, radicalización de la conflictividad social,...), que la recesión económica puede provocar.

La izquierda debería ser capaz ahora de anticipar la decepción y el resentimiento económico de las clases medias y baja, y de saber reorganizar las esperanzas. Para ello necesita volver a conectar culturalmente con ellas, hablar su idioma y compartir sus preocupaciones, problemas y temores en lo económico, social y cultural (recuérdese que la promesa de la educación como estrategia reformista sigue sin cumplirse), en un mundo cada vez menos previsible. Debe dejar de lado algunos tabúes ideológicos y poner fin a la estigmatización que han sufrido determinados grupos sociales (“los perdedores de la modernización”, “los conservadores del *statu quo*”, los inmigrantes,...). Debe, pues, volver a desarrollar proyectos políticos que desbloqueen las posibilidades de ascenso social de las clases medias y bajas, a la vez que conectar de nuevo con su electorado.

¿Cómo? Volviendo a afrontar las cuestiones económicas, fiscales e institucionales “fuertes”, que durante las últimas décadas fueron declaradas “zonas prohibidas” o fueron ocultadas tras debates identitarios, migratorios o culturales.

No obstante, el centro izquierda y la socialdemocracia en Europa parecen bastante desorientados y alejados de las reclamaciones populares. Estamos en un proceso de polarización entre la derecha y la izquierda tradicionales, de consecuencias todavía imprevisibles. Quizá sea el momento de articular el socialismo del siglo XXI, que algunos países latinoamericanos están poniendo en marcha. Un nuevo socialismo con conciencia ecológica, intercultural y biocéntrica, con mecanismos de resistencia colectiva y con límites sociales a los abusos de la propiedad privada ¿Será capaz la soberbia e indolente Europa de volver la mirada hacia el otro lado del Atlántico y tomar algunos ejemplos?

Lo difícil es saber cómo se puede mantener el apoyo popular a un modelo de capitalismo global, cuando en muchos países desarrollados se destruye empleo

constantemente, se rebajan los salarios y se pierden derechos, pero se incrementan los precios en necesidades básicas como la sanidad, la educación o las prestaciones sociales. Cómo conseguir el apoyo de amplios sectores de la población cuando ven reducido su nivel de vida y frustradas sus aspiraciones de mejora social. Está claro, que muchos países desarrollados siguen teniendo y, sin duda, tendrán fuertes resistencias sociales, que derivarán en problemas políticos, para adaptarse a las nuevas estructuras de expansión y repliegue generadas por la globalización neoliberal.

Será conveniente, que se refuerce la idea de una Europa repolitizada, social, internacionalista y universalista, para responder a los envites del capital global. Una respuesta nacionalista, particularista, etnicista o, incluso, xenófoba sería una apuesta errática. Sin embargo, cambio excesivamente rápido (y la crisis) pueden provocar este tipo de fenómenos dirigidos hacia una extra derecha. La ultraderecha ha subido en Austria, Hungría, Alemania, Grecia e, incluso, en Noruega va a entrar en el Gobierno con los conservadores. ¿Está Europa preparada para gestionar esta deriva de regresiones? ¿Está preparada para el envite *euro escéptico* la regresión social?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford and Portland, Oregon, 2005;

ARNAUD, A-J. y María José Fariñas, *Sistemas Jurídicos. Elementos para un Análisis Sociológico*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III, 2ª edición, 2006;

BLACKSTONE, B., Karnitshnig, M., Thompson, R., “Europe’s Banker Talks Tough”, en *The Wall Street Journal*, 24 de febrero de 2012;

ESCUADERO ALDAY, Rafael, *Modelos de democracia en España (1931-1978)*, Madrid, Península, 2013;

FARIÑAS DULCE, María José, *Mercado sin Ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005;

FARIÑAS DULCE, María José, “Los Derechos Humanos como instrumentos de Paz. Pluralismo, Conflicto y Diálogo”, en M. Restrepo (Dir), *Derechos Humanos, Barbarie y Paz*, UPTC-Tunja (Colombia), 2013, pp. 77-108;

GALBRAITH, James K., *The Predator State. How Conservatives Abandoned the Free Market and Why Liberals Should Too*, The Free Press, New York, 2008;

GREPPI, Andrea, *La democracia y sus contrarios. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid, 2012;

HERNÁNDEZ VIGUERAS, Juan *Los lobbies financieros, tentáculos del poder*, Madrid, Clave Intelectual, 2013;

INFORME MCKINSEY, *Financial globalization: Retreat or Resert?* 2012;

PISARELLO, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, trotta, Madrid, 2011;

RESTREPO DOMINGUEZ, Manuel, *Economía y Derechos Humanos. Del liberalismo al neoliberalismo*, UPTC-Tunja, Colombia, 2010;

SASSEN, Saskia, *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Buenos Aires, Katz Editores, 2010;

SOUSA SANTOS, Boaventura, “Democratizar, desmercantilizar, descolonizar”, en *El Mundo*. Opinión, 12 de abril de 2012;

ZIZËK, Slavoj, *En defensa de las cusas perdidas*, Madrid, Akal, 2011;

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E SUA (ESTREITA) RELAÇÃO COM O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Mariana Gusso Krieger¹

1. INTRODUÇÃO

Vive-se, na atualidade, de forma geral, um silenciamento do direito ao trabalho. Há um verdadeiro déficit em relação a dar importância ao trabalho como direito fundamental.

A sociedade revela um “esquecimento” do direito ao trabalho, mesmo dentre a melhor doutrina. Na doutrina que se dedica especificamente ao direito ao trabalho, é comum que este seja tratado apenas do ponto de vista do acesso a um posto de trabalho e de permanência neste posto.

Ocorre que o trabalho é mais do que apenas um meio de subsistência: ele funciona como porta de acesso à participação da vida em sociedade. Quando se pensa em cidadania, há de se pensar em trabalho, uma vez que é partir de dele que as pessoas participam de uma vida digna.

Assim, percebeu-se a necessidade de se analisar o trabalho como elemento central na vida das pessoas, tanto para o desenvolvimento corporal, quanto para o desenvolvimento da subjetividade, a partir da relação entre trabalho e reconhecimento, conforme ensina Christophe Dejours e a psicodinâmica do trabalho.

1 Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2010); professora assistente na Universidade Tuiuti do Paraná

Como diz Leonardo Wandelli, é imprescindível recuperar o elo essencial entre trabalho, construção das identidades e reconhecimento.²

O trabalho não deve ser entendido unicamente como um posto de trabalho, mas sim como um direito fundamental de transformação de si próprio e do mundo, de luta por emancipação e reconhecimento, que serve como mediador no equilíbrio da construção da identidade dos indivíduos. Nas palavras de Dejours, “o reconhecimento da qualidade de trabalho pode inscrever-se na esfera da personalidade, em termos de ganho no registro da identidade.”³

Assim, depreende-se que o direito ao trabalho além de satisfazer as necessidades dos indivíduos, possibilita a construção de suas identidades e o desenvolvimento de suas personalidades. O direito ao trabalho não é um direito garantidor das necessidades apenas do empregador, mas também das necessidades de desenvolvimento da personalidade do trabalhador.

Por tal motivo, argumenta-se neste estudo a necessidade de se perceber a intrínseca relação entre o direito fundamental ao trabalho e ao direito fundamental ao livre desenvolvimento, de modo que a efetividade de um alcance a do outro.

Ou seja, pretende-se aportar argumentos que evidenciem e reconheçam tal relação.

2. O TRABALHO, A PARTIR DA PERSPECTIVA DE CHRISTOPHE DEJOURS

Christophe Dejours, psiquiatra e psicanalista francês, idealizador da psicodinâmica do trabalho, acredita que o trabalho ocupa uma posição central na vida das pessoas, não somente pelo tempo significativo passado pelos indivíduos “dentro do trabalho”, mas sim por ser um elemento vital para construção de suas identidades, de vínculos de solidariedade e de aprendizado para a ação política.

Como ensina Dejours, a centralidade do trabalho é percebida na construção da identidade, na realização de si mesmo, na saúde mental, na mediação entre o

2 WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTR, 2012, p.30.

3 DEJOURS, Christophe. Addendum. In: Selma Lancman & Laerte I. Sznelman (organizadores), *CHRISTOPHE DEJOURS: DA PSICOPATOLOGIA À PSICODINÂMICA DO TRABALHO*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz/ Brasília: Paralelo 15, 3ª edição, 2011, p. 91.

singular e o subjetivo, entre a subjetividade e o campo social e também é constatada na articulação entre a esfera social e a esfera privada, com reflexos de monta sobre a esfera política. Desta maneira, o trabalho é um estatuto teórico original em relação a outros objetos de pesquisa, entendendo o trabalho como conceito irredutível da teoria social.⁴

Dejours ainda esclarece que “Trabalhar, não é somente produzir ou fabricar, não é apenas transformar o Mundo, é também transformar-se a si próprio, produzir-se a si mesmo. Noutros termos, é através do trabalho que o sujeito se forma ou se transforma revelando-se a si próprio de tal forma que depois do trabalho ele já não é completamente o mesmo do que antes de o ter empreendido.”⁵

O trabalhar – a partir do conceito de trabalho vivo⁶ – passa pela formação das habilidades individuais e de competências coletivas das pessoas. Para a psicodinâmica do trabalho, ele é compreendido a partir da perspectiva do trabalho real, que é aquele que se realiza na atividade concreta do sujeito e que é diferente do trabalho prescrito (aquele ditado como o que deve ser feito).

Para que exista o trabalho real, para que se realize a tarefa prescrita, o trabalhador necessita de um conceito essencial: o zelo que é a um só tempo a inteligência corporal e astuciosa e sua mobilização pelo sujeito, de modo a aplicá-la na realização da tarefa. Ademais, simetricamente ao zelo, há no plano coletivo, uma irredutível defasagem entre a coordenação formal das múltiplas tarefas – a ordem prescrita – e a efetiva cooperação, a articulação levada a efeito pelas inteligências singulares dos indivíduos.⁷

A cooperação, de acordo com Dejours, é a vontade das pessoas de trabalharem juntas e de superarem coletivamente as contradições que surgem da própria

4 DEJOURS, *O trabalho como enigma*, 2011, p. 164/165.

5 DEJOURS, Ch. (2011). «Trabalhar» não é «derrogar». *Laboreal*, 7, (1), 76-80. <http://laboreal.up.pt/revista/artigo.php?id=48u56oTV6582235338949::5542>. p. 77/78.

6 Aquele entendido como o que passa pela formação de habilidades individuais e de competências coletivas, constituído pela inteligência que não é apenas cognição, mas cujo gênio inventivo é conferido pelo corpo, pela experiência e o conhecimento do corpo, da matéria ou do objeto técnico; por onde o corpo tateia o mundo ao mesmo tempo em que se autodesafia e se revela a si próprio, podendo ser denominado de engenhosidade. (DEJOURS, *A saúde mental entre impulsos individuais e requisitos coletivos*, 2011, p. 421-422).

7 WANDELLI, 2012, p. 64-65.

natureza ou da essência da organização do trabalho.⁸ É um compromisso técnico, mas também ético e social.

Desta maneira, para que ocorra a produção são necessários que, na atividade, se verifiquem os dois elementos acima mencionados: o zelo e a cooperação. Sem eles, não há produção.

Isto posto, considerando os diversos aspectos envolvidos no trabalho, depreende-se que este é sempre um trabalho subjetivo e também objetivo; sobre o mundo, sobre si e sobre o outro e também um trabalho individual e coletivo. Ou seja, como diz Dejours, o trabalho envolve tanto o trabalho como *Arbeit*, como *poiésis* e ainda como *práxis*.

O trabalho supõe a mobilização de toda a subjetividade, que exige a capacidade de sonhar, de transformar-se a si mesmo e de adquirir com os novos registros de sensibilidade, novas habilidades profissionais.⁹

Ademais, o trabalho para que realize estes três poderes mencionados (transformar o mundo, objetivação da inteligência e produção da subjetividade) e para que se faça efetivo, deve atrair o olhar do outro, por meio da dinâmica do reconhecimento. Será a partir do reconhecimento pelo trabalho feito que as pessoas se motivam a trabalhar e, por consequência, a transformarem o mundo e a si próprias também. Tal reconhecimento se mostra, desta maneira, como o elo fundamental para entender o trabalho como um todo, na perspectiva da psicodinâmica do trabalho.

Assim sendo, depreende-se que o trabalho funciona como verdadeiro instrumento para a construção da identidade das pessoas. Ou seja, o desenvolvimento da subjetividade dos sujeitos se dá pelo esforço no trabalho, é por meio do trabalho que a subjetividade se exterioriza e se transforma e, por tal razão, se argumenta acerca da centralidade do trabalho na vida das pessoas.

Desta maneira, pode-se afirmar que a subjetividade humana está intrinsecamente relacionada com o trabalho. É por intermédio do trabalho que o sujeito tem uma nova oportunidade de se autorrealizar, de desenvolver sua inteligência, sua criatividade e sua identidade.

Por identidade, devemos entender a armadura da saúde mental das pessoas. É o que faz com que o sujeito não seja idêntico a qualquer outro, designando o arca-

8 DEJOURS, *Addendum*, 2011, p. 80.

9 DEJOURS, *Trabalho e sexualidade*, 2012, p. 200.

bouço da saúde mental, de forma que a conquista da identidade no campo social, mediada pelo trabalho, passa pela dinâmica do reconhecimento. E o reconhecimento implica o julgamento dos pares.¹⁰

Desta forma, em virtude da centralidade do trabalho na vida das pessoas, de ser o trabalho um meio para se construir a identidade dos sujeitos e de se lutar por emancipação, se faz de suma importância a realização de uma leitura acerca da existência de um direito fundamental ao trabalho, aqui entendido como um direito fundamental de todas as pessoas de ter direito ao conteúdo de seus próprios trabalhos, para que possam, além de mudarem o mundo pelo trabalho, transformarem-se a si próprias, se autorrealizando, satisfazendo suas necessidades e tendo a possibilidade de desenvolverem suas subjetividades, a partir do trabalho.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o Direito ao Trabalho como um direito fundamental, arrolado ao lado de outros direitos sociais, em seu art. 6º.¹¹ Além disso, do artigo 7º até o 11º há um significativo rol de disposições constitucionais acerca de direitos dos trabalhadores e proteção aos trabalhadores.

A Carta Magna também consagrou como fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), estabeleceu o trabalho como um fundamento da ordem econômica (art. 170, caput) e da ordem social (art. 193) e a busca do pleno emprego como um dos seus princípios reitores (art. 170, IV).

Além das disposições constitucionais, importa mencionar que no Direito Internacional o direito ao trabalho está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 23), no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966 (art. 6,7 e 8), bem como na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 (art. XIV e XV), e no Pro-

10 DEJOURS, *Addendum e Alienação e clínica no trabalho*, 2011, p. 89-90/299.

11 Há de se salientar que, como lembra Ingo Wolfgang Sarlet, existe alguma resistência por parte de setores da doutrina e da jurisprudência em admitir os direitos sociais como fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito Privado: o caso Brasileiro. In: *DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO: Uma perspectiva de direito Comparado*. Org. MONTEIRO, Antonio; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo. Coimbra: Almedina, 2007, p. 549)

toocolo de San Salvador Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (art. 6, 7 e 8).¹²

Há de se ressaltar que o direito ao trabalho é o direito social por excelência, o direito social básico. Lembre-se que a primeira concepção de direitos sociais – de acordo com o chamado paradigma de direitos sociais, a partir de 1870 – era de que estes somente se aplicavam aos trabalhadores. Os direitos sociais nasceram a partir das reivindicações obreiras, para tentar melhorar a qualidade de vidas dos trabalhadores.

De acordo com Leonardo Wandelli, o direito social ao trabalho é condição para os demais direitos sociais e essa preeminência do direito ao trabalho como condição de possibilidade de outros direitos foi assinalada por aquele a quem se atribui a paternidade da expressão “direito ao trabalho”, Charles Fourier, para quem “a política enaltece os direitos humanos, mas não garante o primeiro e único verdadeiramente útil deles, a saber: o direito ao trabalho.”¹³

Para conceituar os direitos fundamentais sociais, é oportuno mencionar o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, que diz:

Considerados resultado de uma evolução que radica na já referida Constituição Francesa de 1793 e que passa pela assim denominada “questão social” do século XIX, os direitos fundamentais sociais passaram a ser entendidos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, na medida em que pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo (na condição de direitos prestacionais) a garantia de uma igualdade e liberdade real, que apenas pode ser alcançada pela compensação das desigualdades sociais.¹⁴

O mesmo autor ainda dispõe que foi somente com a Constituição de 1988 que os direitos sociais foram efetivamente positivados como condição de direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio. Com a consagração dos direitos

12 SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 602.

13 WANDELLI, 2012, p. 38.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 18.

sociais como direitos fundamentais, a CF/88 lhes assegurou supremacia e força normativa superior, decorrentes desta positivação no texto constitucional, o que resultou na tendência de se reconhecer aos direitos sociais o mesmo regime jurídico-constitucional estabelecido para os demais direitos fundamentais.¹⁵

Por esta razão, aos direitos fundamentais sociais também se aplica o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º da CF/88, o que significa dizer que tais direitos possuem aplicabilidade direta, de modo a assegurar-lhes a máxima efetividade e eficácia.

Desta maneira, assim como os demais direitos fundamentais, os direitos sociais, em especial o direito ao trabalho, apresentam uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva, de modo que não criam somente direitos, mas também deveres, devendo ser entendidos como direitos subjetivos individuais essenciais à proteção da pessoa humana, bem como expressão de valores objetivos de atuação e compreensão do ordenamento jurídico.

Como destaca Ingo Sarlet, esta dupla dimensão dos direitos fundamentais foi delineada na importante decisão do caso Lüth, de 1958, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a qual reconheceu que os direitos fundamentais não se restringem à condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas também constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que influenciam todo o ordenamento jurídico e estabelecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.¹⁶

Neste sentido, oportuno mencionar os ensinamentos de José Carlos Vieira de Andrade, o qual ressalta que os preceitos atinentes aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, como posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade (ou coletividade), como valores ou fins que esta se propõe respeitar e concretizar.¹⁷

Assim, tendo os direitos fundamentais sociais uma dupla dimensão, o direito fundamental ao trabalho também terá. Como assevera Fabio Gomes, se aceitarmos a ideia do direito ao trabalho não mais como um clássico direito social – no sentido de direito a uma prestação material exigível em face do Estado – e sim como um direito que leva consigo uma enorme carga normativa, somos tam-

15 SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 545.

16 SARLET, 2006, p. 167

17 ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 115.

bém obrigados a aceitar a sua dupla natureza funcional, devendo analisar suas dimensões objetivas e subjetivas.¹⁸

Como ensina Sarlet, a dimensão subjetiva diz respeito ao fato de serem exigíveis em face de seus destinatários, de forma que se constata, no caso brasileiro, uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido do reconhecimento de um direito subjetivo definitivo (gerador de uma obrigação de prestação por parte do destinatário), pelo menos no plano de mínimo existencial, concebido como garantia das condições materiais mínimas para uma vida com dignidade.¹⁹

Já a perspectiva objetiva dos direitos sociais reflete o liame desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade. Desta forma, as normas de direitos sociais possuem uma eficácia dirigente ou irradiante decorrente da perspectiva objetiva, que impõe ao Estado o dever de permanente realização dos direitos sociais, além de permitir às normas de direitos sociais operarem como parâmetro, tanto para a aplicação como para a interpretação do direito infraconstitucional, quanto para a criação de desenvolvimento de instituições, organizações e procedimentos voltados à promoção e proteção dos direitos sociais.²⁰

Assim, depreende-se que o direito fundamental ao trabalho, entendido como o direito fundamental social por excelência, possui dupla dimensão de construção de direitos e deveres.

De acordo com Leonardo Wandelli, ambas as dimensões mantêm uma relação de complementação e suplementação recíprocas, na qual as dimensões subjetivas que são correspondidas por obrigações objetivas se constituem como elementos da ordem jurídica global da coletividade e em muito excedem apenas a contrapartida lógica de uma posição jurídica subjetiva, na perspectiva do sujeito obrigado a satisfazê-la.²¹

Analisada a estrutura normativa do direito ao trabalho, a partir da perspectiva de dupla dimensão dos direitos fundamentais, se faz importante analisar de forma mais específica o direito em comento.

18 GOMES, Fabio Rodrigues, *O Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 95.

19 SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 551.

20 IBIDEM, p. 552.

21 SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 239-240.

Diante da centralidade do trabalho na vida das pessoas, diante do fato de ser o trabalho um direito fundamental dos seres humanos de possuírem a chance de reconstruir suas identidades, entendemos ser necessário analisar tal direito a partir da perspectiva de que este é um direito de todas as pessoas, de titularidade universal. Ou seja, não há como cogitar a proteção do direito ao trabalho somente ao trabalhador assalariado.

Quanto ao destinatário do direito ao trabalho, a partir desta dupla dimensão do direito fundamental ao trabalho, passou-se a verificar a necessidade de vinculação e eficácia de tal direito não somente ao Estado, mas também a particulares. Ou seja, os entes privados devem ser encarados também como destinatários de tal direito fundamental. Isto porque em uma relação jurídica concreta muitas vezes é o particular que se encontra na posição de destinatário do direito ao trabalho.

Ingo Sarlet relata que, diante da dupla dimensão dos direitos fundamentais sociais (negativa (defensiva) e positiva (prestacional)), há de se perceber que em ambas os direitos sociais geram efeitos nas relações entre particulares, devendo ser garantida sua eficácia.²² Assim, como assevera Fabio Gomes, além daquele sujeito obrigado por excelência – o Estado –, passou-se a cogitar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações travadas diretamente entre particulares.²³

Sabemos que nas relações de trabalho as partes contratantes não se encontram em situação de igualdade de condições para negociar. O estado de dependência econômica que o trabalhador se encontra lhe compromete o mínimo de igualdade e liberdade necessárias para exercer sua autonomia privada.

Como esclarece Juan Maria Bilbao Ubillos, esta falta de simetria permite que a parte, que por razões econômicas ou sociais se encontra em posição de dominância, condicione a decisão da parte mais fraca.

Lo que se ejerce en estos casos es un poder formalmente privado (en lo que concierne a su frente y a los sujetos implicados), pero que se ejerce con formas de coacción y autoridad asimilables sustancialmente a las propias de los derechos publicos.²⁴

22 IBIDEM, p. 555.

23 GOMES, 2008, p. 153.

24 UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos particulares? In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 302.

Assim, percebeu-se que existiam situações nas quais não é suficiente proteger os direitos fundamentais somente das ingerências estatais, se mostrando importante protegê-los também de todas as formas de abuso de poder, de arbitrariedade ou da colisão entre poder e liberdade, inclusive entre pessoas privadas.

Nesta situação, encontra-se o Direito Fundamental ao Trabalho, uma vez que, na grande maioria das vezes, tal direito se opera em relações entre particulares, nas quais o poder do empregador constitui-se como uma ameaça ao livre exercício do direito ao trabalho.

Ingo Sarlet, acerca da eficácia interprivada dos direitos fundamentais sociais, explica que todos os direitos fundamentais vinculam de algum modo os particulares e geram, de algum modo, efeitos diretamente nas relações entre agentes privados, sendo que há de se tomar tal afirmação no sentido de uma eficácia direta *prima facie*, isto é, como em princípio aplicável, já que existem direitos fundamentais cujo destinatário principal é o Estado e outros direcionados diretamente e em primeira linha aos particulares.

Virgílio Afonso da Silva destaca que, de maneira geral, há certa concordância sobre a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações que extrapolem a díade indivíduo-Estado, sendo que diversos países já tratam do tema de forma sistemática, como Alemanha, Áustria, Inglaterra, Espanha, Suíça, Canadá, Itália e Israel.²⁵

Assim, depreende-se que, no que toca ao direito fundamental ao trabalho, se mostra de especial relevância a concessão de eficácia interprivada dos direitos fundamentais, já que tal direito normalmente se concretiza entre relações privadas.

Há de se conceder condições para concretização dos direitos fundamentais no âmbito do trabalho também entre agentes particulares, reconhecendo a polivalência dos direitos fundamentais. Faz-se relevante reconhecer que, independentemente de quem seja o destinatário do direito fundamental ao trabalho – se o Estado ou se uma pessoa privada –, este permanecerá sendo sempre um direito fundamental que exige proteção e condições de eficácia para todas as situações.

Por fim, urge analisarmos qual é o conteúdo do direito em questão. Como já dito, é relevante salientar que vivenciamos, nos tempos atuais, um silenciamento do direito fundamental ao trabalho.

25 AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 66-67.

Por tal razão, mostra-se importante destacar que o trabalho é verdadeira porta de acesso à participação da vida em sociedade.

O direito ao trabalho não é meramente o direito a um posto de trabalho assalariado. Como esclarece Dejours, o trabalho não está reduzido às relações sociais que o enquadram, nem ao assalariamento, tampouco ao poder.²⁶ O trabalho não realiza o interesse do empregador: quem trabalha não trabalha só para o outro, mas para si mesmo, consigo mesmo.

Conforme já mencionado, o trabalho é um instrumento de autorrealização e de transformação do próprio indivíduo, a partir da construção de sua identidade. O trabalho não consiste unicamente em transformar o mundo, o coletivo, mas também transformar-se a si próprio.

De acordo com Dejours, o trabalho, além de transformar o mundo em um lugar mais habitável, também é uma atividade de produção em que se concretizam e objetivam a inteligência e o engenho humano, na qual trabalhar participa de um processo de subjetivação.²⁷

Aqui é importante ressaltar o prejuízo causado por aquilo que denomina na doutrina de Direito do Trabalho como alienidade, que significa entender o trabalho assalariado como aquilo que só interessa ao tomador dos serviços, não ao trabalhador, de forma que aquele que trabalha o faz somente para o outro e não para si mesmo. Deve-se perceber que tal “alienidade” é o que esvazia o direito ao trabalho no interior do direito do trabalho, uma vez que como ensina a psicodinâmica do trabalho, quem trabalha também o faz para si mesmo, consigo mesmo e não somente para o outro.

O direito fundamental ao trabalho não pode ser entendido unicamente como o direito a um posto de trabalho ou como aquele que satisfaz somente as necessidades do empregador, sob a pena de se invisibilizar um direito que possibilite a autorrealização e o autodesenvolvimento dos indivíduos.

Para Thereza Cristina Gosdal, o trabalho constitui atividade vital para o homem, meio de manter sua existência física, sendo que somente o homem pode fazer esta atividade livre e consciente. A mesma autora ainda esclarece que o trabalho é elemento central na vida dos indivíduos, fonte de recursos que garantem

26 DEJOURS, *Addendum*, 2011, p. 78.

27 DEJOURS, Ch. (2011). «Trabalhar» não é «derrogar». *Laboreal*, 7, (1), 76-80. <http://laboreal.up.pt/revista/artigo.php?id=48u56oTV6582235338949::5542>. p. 77/78.

seu sustento e de formação de sua identidade e reconhecimento social. É um direito caracterizador da sociedade humana atual.²⁸

Desta maneira, deve-se entender que o trabalho ocupa uma posição central na vida das pessoas, sendo através dele que os indivíduos têm a oportunidade de reconstruir suas identidades, através da busca por reconhecimento/gratificação. Assim, o direito ao trabalho é muito mais do que o direito a um posto de trabalho, ele é o direito a ter uma vida digna, a desenvolver a subjetividade de cada um.

Além desta perspectiva, que por si só já seria justificadora do reconhecimento de que o direito ao trabalho é um direito fundamental das pessoas e não é somente o direito a ter um meio de subsistência ou um posto de trabalho, há ainda de se mencionar a perspectiva desenvolvida por Leonardo Wandelli acerca da relação entre trabalho e necessidades, sendo o trabalho um verdadeiro satisfator de necessidades humanas.²⁹

Neste sentido, o autor assevera que aparecem diversas relações entre o trabalho e necessidades, que podem ser classificadas da seguinte forma: i) o trabalho é, ele mesmo, uma necessidade – já que o humano não se realiza sem o trabalhar, no sentido de se fazer atuar, de transformar o mundo e a si mesmo; de forma que o trabalho é parte absolutamente essencial do desenvolvimento da subjetividade e a autorrealização; ii) o trabalho produz bens que satisfazem as necessidades dos sujeitos viventes ou servem como instrumentos de trabalho; iii) mediante o trabalho, no âmbito da divisão social do trabalho, os seres humanos atualizam e criam novas necessidades, que se adicionam ou se chocam com as existentes, exigindo novas valorações e novas relações de preferência; iv) sendo o trabalhar uma necessidade, o trabalho, como conjunto de atividades e relações, se desdobra em um bem, um valor de uso, que é diretamente satisfator de necessidades.

Estas quatro diferentes relações entre o trabalho e necessidade devem aparecer na noção de direito ao trabalho. Por este motivo, para Wandelli, o direito ao trabalho, a partir desta concepção, apresenta-se como o direito mais proximamente vinculado à produção, reprodução e desenvolvimento da vida digna dos sujeitos em comunidade, nas diversas formas em que se relaciona com as necessidades.

É a partir desses dois aspectos que Leonardo Wandelli desenvolve a reconstrução do direito ao trabalho, redimensionando o seu conteúdo. Isso será aborda-

28 GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTR, 2007, p. 93/94.

29 WANDELLI, 2012, 151-157.

do, na fundamentação do direito ao trabalho, sob duas vertentes. Uma considerará as complexas relações entre trabalho e necessidades: o trabalho como necessidade, como criador de necessidades, como criador de objetos satisfatórios de necessidades e ele próprio, como diretamente satisfator, o trabalho como valor de uso para o sujeito. Outra considerará as relações entre o trabalho e a dinâmica da luta por reconhecimento e contra o desrespeito.³⁰

Assim, depreende-se que o direito ao trabalho exerce um papel central na vida das pessoas, uma vez que o trabalhar, além de satisfazer as necessidades dos indivíduos, possibilita a construção de suas identidades, o desenvolvimento de suas personalidades, a partir do reconhecimento experimentado pelo exercício de tal direito fundamental.

O direito ao trabalho não é somente o direito a um posto de trabalho, mas sim o direito a ter uma vida digna, a ser reconhecido e a satisfazer as necessidades do ser humano no trabalho. Ou seja, o trabalho possui a função, ele próprio, de construção da identidade, por meio do reconhecimento e, para além dele, do aprendizado de honrar a vida por meio do trabalho.

Desta forma, há de se ter em mente sempre que o direito ao trabalho não é um direito garantidor das necessidades apenas do empregador, mas também das necessidades de desenvolvimento da personalidade do trabalhador. De acordo com Fabio Gomes, este direito não garante somente o mínimo existencial de humanidade das pessoas, mas também deve garantir igual oportunidade de desenvolvimento da personalidade de cada um.³¹

Assim, depreende-se que o direito ao trabalho é um direito fundamental de todas as pessoas de poder satisfazer suas necessidades através do trabalhar, de ter direito ao conteúdo de seus próprios trabalhos, para que além de que essas pessoas mudem o mundo pelo trabalho, também possam transformar-se a si próprias, tendo a possibilidade de desenvolver suas personalidades a partir do trabalho.

30 WANDELLI, 2012, p. 77

31 GOMES, 2008, p. 348.

4. O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NO TRABALHO

4.1. Os Direitos da Personalidade

Para a ordem civil, a personalidade é a aptidão para ter direitos e contrair deveres. Como explica Bezerra Leite, a rigor, personalidade não é um direito, mas um conjunto de atributos e características da pessoa humana. É, pois, objeto do direito.³²

Importa esclarecer que foi na esfera do Direito Civil, especialmente no século XX, que tanto a teorização (inclusive a noção de direitos da personalidade) quando a concreta regulação da proteção da personalidade, tiveram o seu principal impulso e desenvolvimento, que resultaram, após a Segunda Guerra Mundial, na incorporação de cláusulas gerais de proteção e promoção da personalidade nas constituições e tratados internacionais de direitos humanos, sem prejuízo da evolução no plano infraconstitucional. Na atualidade, os direitos da personalidade são considerados como constituindo o principal ponto de contato entre o direito constitucional e o direito civil.³³

Os direitos da personalidade são espécies de direitos humanos, pois inerentes à pessoa. Como esclarece Ingo Sarlet os direitos pessoais ou da personalidade são sempre direitos fundamentais – na medida em que correspondem a exigência da promoção e proteção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade –, embora nem todo direito fundamental seja um direito da personalidade.³⁴ Em outras palavras, os direitos da personalidade são aqueles que reconhecem e protegem os direitos vinculados à identidade e integridade pessoal dos indivíduos.

Alexandre Agra Belmonte afirma que os direitos da personalidade são os direitos interiores, de que o sujeito de direito necessita para preservar a sua integridade física, intelectual e moral. São direitos destinados à defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade

32 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os Direitos da Personalidade na Perspectiva dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional do Trabalho. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/3.pdf>. Acessado em 17.12.12

33 SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 381

34 IBIDEM, p. 380.

e outros tantos.³⁵ Bezerra Leite explica que os direitos de personalidade são espécies de direitos inerentes à dignidade humana, que têm por objeto a proteção da incolumidade física, psíquica e moral da própria pessoa.³⁶ Jose Antônio Peres Gediel ainda assevera que os direitos da personalidade tentam responder à exigência de adequada tutela jurídica às projeções essenciais do homem em sociedade.³⁷

Ou seja, os direitos da personalidade são aqueles que pretendem reconhecer e proteger as condições para que os sujeitos possam desenvolver sua identidade e se autorrealizarem.

Por este motivo, tais direitos estão umbilicalmente relacionados ao direito fundamental ao trabalho e ao trabalho na perspectiva de Dejours, como instrumento de autorrealização e de desenvolvimento da personalidade de cada um. E, ainda, relacionados ao trabalho como um satisfator de necessidades humanas de desenvolvimento da corporalidade humana e de reconhecimento.³⁸

Ou seja, a personalidade merece ser entendida como um produto dinâmico das relações sociais, de forma que também deve ser protegida no que toca às condições e mediações necessárias a sua formação e à conquista da identidade.

Outrossim, o rol de direitos da personalidade mencionados nos dispositivos legais que tratam acerca do tema é meramente exemplificativo, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da CF/88. Como ensina Ingo Sarlet, a proteção do direito de personalidade é uma proteção abrangente em relação a toda e qualquer forma de violação aos bens da personalidade. Existe, portanto, uma cláusula geral e aberta de proteção e promoção da personalidade que, no caso brasileiro, tem-se fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.³⁹

Neste sentido, os direitos de personalidade possuem o papel fundamental de garantir o núcleo de individualidade do sujeito que não pode ser atingido por

35 BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições Cíveis no Direito do Trabalho: Curso de Direito Civil aplicado ao Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2009, p. 75.

36 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Os Direitos da Personalidade na Perspectiva dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional do Trabalho*. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/3.pdf>. Acessado em 17.12.12

37 GEDIEL, Jose Antonio Peres. A Irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 149.

38 WANDELLI, 2012, p. 290.

39 SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 385.

uma decisão/opinião da maioria e que, ainda quando não estiverem expressos na legislação, poderão ser invocados com base na tutela ao livre desenvolvimento da personalidade contida no princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁰

Desta maneira, a proteção ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade como o direito que as pessoas possuem de manifestar suas individualidades e de se realizar como pessoas únicas, não deve ser reduzido às formas previstas em lei.

Ademais, há ainda de se perceber a relação existente entre os direitos da personalidade, os quais servem para reconhecer e proteger os direitos vinculados à identidade dos indivíduos, e o direito fundamental ao trabalho, como fator de construção da identidade e de desenvolvimento da personalidade das pessoas.

Faz-se necessário mudar o entendimento majoritário no sentido de que os direitos de personalidade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade somente se relacionam aos direitos a serem exigidos do Estado (imagem, honra, vida, intimidade, etc.). Isto porque, a construção da subjetividade das pessoas e, em consequência, de sua personalidade, se dá em dois campos: nas relações afetivas e nas relações sociais, ou seja, no trabalho.

Vê-se, portanto, a partir da ideia da centralidade do trabalho, que ele representa um papel de suma importância no desenvolvimento da identidade das pessoas e de satisfação de suas necessidades. E, por esta razão, se faz necessária uma compreensão mais adequada dos direitos de personalidade e do livre desenvolvimento da personalidade e sua relação com o direito fundamental ao trabalho.

4.2. O livre desenvolvimento da personalidade e o direito fundamental ao trabalho

Como já salientado, os direitos da personalidade reconhecem e protegem os direitos vinculados à identidade e integridade pessoal dos indivíduos.

Também como acima mencionado, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade possui função de cláusula geral de proteção à personalidade das pessoas, e caracteriza-se como um direito fundamental garantidor da livre formação da personalidade e identidade dos indivíduos.

40 MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso. *O Direito à Orientação Sexual como Decorrência do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1770/1410>. Acessado em 18.12.2012.

Ainda, como acima referido, o direito fundamental ao trabalho é um direito de todas as pessoas de construir suas identidades através do trabalhar, por meio do reconhecimento pelo fazer e por serem proprietárias do conteúdo de seus próprios trabalhos.

Desta maneira, para que se fale em um direito ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um, parece relevante se proteger de forma mais ampla o direito fundamental ao trabalho, uma vez que se mostra como uma importante ferramenta para o alcance da autonomia e identidade das pessoas.

Por esta razão, faz-se importante estabelecer uma relação entre o direito fundamental ao trabalho e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que, como já mencionado, o trabalho é um instrumento de construção da subjetividade das pessoas.

Segundo Gediel, o trabalho, concebido como uma projeção indissociável da personalidade do trabalhador, se identifica com as condições existenciais necessárias ao desenvolvimento físico, psíquico e social do sujeito.⁴¹

Ou seja, é a partir do respeito ao direito fundamental ao trabalho – aqui entendido como o direito de se realizar como pessoa através do trabalho – que são oferecidas as condições para o indivíduo exercer seu direito de livre desenvolvimento da personalidade, por meio do binômio envolvido no direito fundamental do trabalho: satisfação de necessidades e alcance de reconhecimento.

Como já afirmado acima, o direito fundamental ao trabalho assegura o direito das pessoas ao conteúdo do próprio trabalho, ou seja, quem trabalha não trabalha somente para o outro, mas para si também.

Como ressalta Ingo Sarlet, o direito a trabalhar das pessoas, como garantia fundamental de satisfação de suas necessidades, constitui dimensão relevante para um direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da própria noção de autonomia, do ser humano construtor do seu próprio destino.⁴²

Todavia, Leonardo Wandelli destaca que o direito fundamental ao trabalho, para assegurar o desenvolvimento da personalidade, otimizando a saúde e autonomia, não deve ser entendido unicamente como o direito à mediação de acesso a necessidades básicas dos seres humanos, mas também “fazem-se necessárias di-

41 GEDIEL, 2003, p. 151.

42 SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 603.

versas outras dimensões relativas às condições organizacionais do trabalho, ao conteúdo do trabalho e a um certo grau de proteção e segurança do trabalho.”⁴³

Desta maneira, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, como um direito fundamental de todos os indivíduos de manifestarem livremente sua identidade está intrinsecamente relacionado com o direito fundamental ao trabalho.

Faz-se necessário proteger o direito fundamental ao trabalho, a partir da perspectiva de ser este um direito garantidor das necessidades também dos empregados, protegendo as pessoas da obstrução do atingimento de tal direito, para que se fale no alcance do direito ao livre exercício da personalidade, como um direito como um todo.

Desta maneira, tem-se que para que as pessoas possam desenvolver livremente suas personalidades e construir suas identidades de maneira fortalecida; há de se garantir o direito fundamental ao trabalho, mesmo entre pessoas privadas.

5. CONCLUSÕES

Optou-se por analisar o direito fundamental ao trabalho, em virtude de reconhecermos a sua centralidade na vida das pessoas, dentro da perspectiva da psicodinâmica do trabalho de Christophe Dejours. Por tal perspectiva, o trabalho funciona como instrumento de construção da identidade das pessoas, sendo por meio dele que os sujeitos se exteriorizam, se transformam, e se emancipam.

Ou seja, para que os indivíduos possam se desenvolver por completo, se realizarem enquanto pessoas, se faz necessário o respeito a este elemento central de suas vidas.

A partir desta perspectiva, viu-se a importância e a necessidade de se relacionar e se reivindicar o direito fundamental ao trabalho como um grande instrumento de atingimento do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade de cada um.

O direito fundamental ao trabalho aqui deve ser entendido como um direito de titularidade universal, que deve possuir eficácia interprivada, de que os indivíduos possam se realizar como pessoas através do trabalho, de alcançarem o binômio “contribuição e reconhecimento” através do trabalhar, desenvolvendo suas

43 SARLET, MARINONI e MITIDIERO, p. 142.

identidades; já o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é aquele que pretende reconhecer e proteger as condições para que os sujeitos possam desenvolver sua identidade e se autorrealizarem através dela.

E a análise do direito ao trabalho é aqui defendida a partir da perspectiva de ser este um direito fundamental de que todos têm direito ao conteúdo de seus próprios trabalhos, não o entendendo apenas como um satisfator de necessidades básicas e da vontade do empregador, mas sim como uma real necessidade humana de construção e desenvolvimento da subjetividade, de luta por reconhecimento, autorrealização e emancipação. Ou seja, mostra-se relevante perceber o direito ao trabalho como um direito fundamental de ver e satisfazer o que é necessário para a vida das pessoas, para o desenvolvimento de suas personalidades e de sua estabilidade psíquica.

Já o direito ao livre desenvolvimento da personalidade deve ser percebido como o direito fundamental de proteção de todos os elementos que compõem a subjetividade humana.

Como já dito, é a partir do respeito ao direito fundamental ao trabalho que são oferecidas as condições para o indivíduo exercer seu direito de livre desenvolvimento da personalidade.

Veja-se que as dificuldades experimentadas pelos indivíduos dentro das relações de trabalho, como por exemplo, as discriminações, as dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, a falta de reconhecimento, etc, atrapalham a construção de suas identidades, violando a uma só vez o direito fundamental ao trabalho e ao livre desenvolvimento da personalidade, requisitos necessários para a construção da autonomia e da estabilidade psíquica dos indivíduos.

Tais dificuldades violam o direito ao desenvolvimento da personalidade, como também violam o processo de construção da identidade – não só no campo do ser (relações diretas), mas também obstruem a possibilidade dessas pessoas de terem o direito a contribuir e a se verem reconhecidas pelo fazer no trabalho, e por consequência, de reconstruírem suas identidades através do trabalho.

Percebe-se, portanto, que se faz oportuno compreender os direitos fundamentais a partir do que realmente é necessário para as pessoas, de modo a perceber a necessidade de luta por um efetivo direito fundamental ao trabalho.

Revela-se imperioso a mobilização da sociedade pela efetividade ao direito fundamental ao trabalho, percebendo e reivindicando, por consequência, a sua real e intrínseca relação com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005;

ANDRADE, José Carlos Vieira de, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004;

BELMONTE, Alexandre Agra. Instituições Civis no Direito do Trabalho: Curso de Direito Civil aplicado ao Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª edição, 2009;

DEJOURS, Christophe. In: Selma Lancman & Laerte I. Sznelman (organizadores). CHRISTOPHE DEJOURS: Da Psicopatologia à Psicodinâmica Do Trabalho. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz/ Brasília: Paralelo 15, 3ª edição, 2011;

DEJOURS, Christophe. Subjetividade, trabalho e ação. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/prod/v14n3/v14n3a03.pdf>. Acessado em 30.01.2013;

DEJOURS, Ch. (2011). «Trabalhar» não é «derrogar». *Laboreal*, 7, (1), 76-80. Disponível em: <http://laboreal.up.pt/revista/artigo.php?id=48u56oTV6582235338949::5542>. Acessado em 15.01.2013;

DEJOURS, Christophe. Trabalho Vivo: Trabalho e Emancipação. Brasília: Paralelo 15, 2012;

DEJOURS, Christophe. Trabalho Vivo: Trabalho e sexualidade. Brasília: Paralelo 15, 2012;

GEDIEL, Jose Antonio Peres. A Irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;

GOMES, Fabio Rodrigues, O Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008,

GOSDAL, Thereza Cristina. Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. São Paulo: LTR, 2007;

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os Direitos da Personalidade na Perspectiva dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional do Trabalho. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadeipoimentos/n9/3.pdf>. Acessado em 17.12.12;

MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso. O Direito à Orientação Sexual como Decorência do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. Disponível em <http://siai-web06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1770/1410>. Acessado em 18.12.2012;

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito Privado: o caso Brasileiro. In: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO: Uma perspectiva de direito Comparado. Org. MONTEIRO, Antonio; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo. Coimbra: Almedina, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012;

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ?En qué medida vinculan a los particulares los derechos particulares? In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003;

WANDELLI, Leonardo Vieira. O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTR, 2012;

EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

Oscar Zas¹

I

La relación entre el derecho internacional y el derecho nacional ha motivado intensas controversias; en especial, en lo relativo a la concurrencia entre normas internacionales e internas, sea para seleccionar la aplicable, sea para determinar la validez de alguna de ellas de presentarse alguna incompatibilidad. Es sabido que existen al respecto dos puntos de vista opuestos: el dualista y el monista, y que este último admite dos variantes, a saber: el monismo absoluto y el moderado.

Sin embargo, en lo tocante a los instrumentos de derechos humanos la cuestión se ve fuertemente atenuada porque el principio *pro homine* o *pro persona* impone escoger, entre las normas concurrentes, la más protectoria, aun cuando ello conduzca a dar preferencia a la inferior en el orden jerárquico.

En efecto, el conjunto de principios, reglas, valores, derechos, libertades y garantías contenidos en las normas internacionales de derechos humanos, y la producción jurídica de los organismos supranacionales de interpretación y aplicación

1 Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, República Argentina. Ex Presidente de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo. Profesor Titular Regular de Cátedra de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, República Argentina.

de estas últimas, han generado una profunda convulsión en el ordenamiento jurídico de los estados nacionales.

Como señala Gialdino, los procesos de incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los ordenamientos jurídicos nacionales exigen una mirada menos atenta a la verticalidad de las estructuras piramidales que a la horizontalidad del vasto plano que forma el *corpus iuris* de los derechos humanos, porque cada una de las normas sobre derechos humanos, sea de raíz internacional o nacional, concurre, de manera activa y concertada, a lo que es la finalidad común de todas ellas: la protección existencial de la dignidad esencial de la persona humana. Y esa sinergia, por consiguiente, al tiempo que relativiza jerarquías, propicia menos antagonismos que soluciones armónicas ante eventuales conflictos. Los derechos humanos, por su naturaleza, han abolido la distinción tradicional entre orden interno y orden internacional, como creadores de una “permeabilidad” jurídica nueva, en el decir de Boutros Boutros-Ghali al inaugurar la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993 en Viena.²

La doctrina y la jurisprudencia constitucional han llegado a aceptar la integración de todos los principios y reglas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno, como en el internacional. Tal bloque de constitucionalidad de los derechos humanos, representa la superación de la antigua y negativa disputa entre monismo y dualismo y ha abierto el camino hacia el reconocimiento de un derecho de los derechos humanos, supralegal y supraconstitucional, que no es ya meramente derecho interno o internacional, sino universal³

Son distintas las fórmulas empleadas por las Constituciones de los distintos países para integrar al derecho interno de cada estado, los instrumentos internacionales de derechos humanos. El tipo de instrumento internacional en el que los derechos humanos son contemplados, el tenor literal de los mismos o las cuestiones concretas de que tratan, pueden crear mayores o menores facilidades para su efectividad directa.

2 Gialdino, Rolando Edmundo, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 371/2.

3 Barbagelata, Héctor-Hugo, “El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2ª edición actualizada y ampliada, 2009, p. 221/2.

Es interesante el estudio de las normas pertinentes incluidas en los textos constitucionales aprobados en varios países de América Latina durante el último cuarto de siglo, pero esa tarea excede el objetivo de este trabajo, que -como expresa su título- se limitará al caso argentino ⁴

4 A título enunciativo, transcribiré los textos constitucionales más relevantes.

Constitución Política de la República de Nicaragua:

Art. 46. *“En el territorio nacional toda persona goza de protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.*

Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 4º *“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios...”*

“...II - prevalência dos direitos humanos...”

Art. 5. *“...§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.*

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

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

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

Constitución Política de Colombia:

Art. 93. *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.*

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

“El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución”.

“La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

Art. 94. *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona*

humana, no figuren expresamente en ellos”.

Constitución de la República del Paraguay:

Art. 142. *“Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución”.*

Art. 145. *“La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”.*

“Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.

Constitución Política del Perú:

“DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS...”

“...Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú...”

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

Art. 19. *“El Estado garantizará a cada persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”.*

Art. 22. *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.*

Art. 23. *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los Tribunales y demás órganos del Poder Público”.*

Constitución de la República del Ecuador:

Art. 11. *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:..”*

“...3.Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”

“Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o en la ley.”

“Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento...”

“...7.El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su desenvolvimiento...”

Art. 417. *“Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la*

II

El art. 31 de la Constitución de la República Argentina establece:

“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Na-

Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución Nacional”.

Art. 42A. *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.*

“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

Constitución Política de Bolivia:

Art. 13...“...IV.Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

Constitución de la República Dominicana:

Art. 74. *“Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:..”*

“...3)Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado; “

“4)Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.”

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Art. 1. *“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”*

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...”

ción; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

Luego de una primera etapa en la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que las normas internacionales poseían rango superior a las leyes nacionales⁵, sobrevino un extenso período durante el cual para nuestro máximo Tribunal, ni la norma transcrita en el párrafo precedente, ni el art. 100 de la Carta Magna en su redacción originaria (art. 116 de la actual) atribuían prelación o prioridad de rango a los tratados internacionales respecto de las leyes, sino que ambas normas (tratados y leyes) eran consideradas ley suprema de la Nación y regía a su respecto el principio con arreglo al cual las posteriores derogan las anteriores⁶, con excepción de lo resuelto en un caso para tiempo de guerra⁷

Con posterioridad, y antes de la entrada en vigencia de la última reforma constitucional sancionada en 1994, el Supremo Tribunal Federal cambió el criterio respecto al orden jerárquico de las fuentes.

En efecto, en una sentencia dictada en el año 1992, la Corte sostuvo la primacía de los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, fundada en lo prescripto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por la Argentina el 5 de diciembre de 1972, y en vigor desde el 27 de enero de 1980, en cuya virtud: *“Una parte no podrá invocar*

5 C.S.J.N., Fallos: 35:207, año 1889, “Criminal de Extradición c/ Pietracaprina, Dionisio”.

6 C.S.J.N., Fallos: 257:99, 06/11/1963, “Martín & Cía. Ltda. S.A. c/Nación” y Fallos: 271:7, 05/06/1968, “Esso S.A. Petrolera Argentina c/Nación Argentina”.

7 El Supremo Tribunal Federal sostuvo que el orden interno se regula normalmente por las disposiciones constitucionales que ha adoptado la Argentina y por lo tanto, manteniéndose en estado de paz, ningún tratado podría serle opuesto si no estuviese en “conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (art. 27). Es decir, que en tanto se trata de mantener la paz o afianzar el comercio con las potencias extranjeras, la República se conduce dentro de las orientaciones de la teoría dualista. Pero cuando se penetra en el terreno de la guerra en causa propia -eventualidad no incluida y extraña a las reglas del mencionado art. 27- la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político en el trance de cumplir los tratados internacionales, y si ha suscripto tratados que pudieran ser o aparecer opuestos en ciertos puntos concernientes a la guerra, con otros celebrados con anterioridad, los de fecha más reciente suspenden o denuncian implícitamente a los primeros, por un acto de soberanía que no puede ser enjuiciado (C.S.J.N., Fallos: 211:162, 9/06/1948, “Merk Química Argentina S.A. c/Nación”).

las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”, y en que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contengan descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata⁸

Un año más tarde, el alto Tribunal ratificó la doctrina, aunque introdujo un matiz: los órganos del Estado Argentino debían asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria, una vez asegurados los principios del derecho público constitucionales⁹, con lo cual sin citarlo aludió al art. 27 de la Constitución Argentina, en virtud del cual: *“El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”*.

Algo más de un año después, la Corte reiteró que la aplicación por los órganos del Estado Argentino de una norma interna que transgrede un tratado -además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional- vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas, y que el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado Argentino -una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales- asegurar primacía a los tratados ante un conflicto con una norma interna contraria pues esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino y es invocable con sustento en el art. 31 de la Carta Magna¹⁰

III

Como producto de la reforma constitucional de 1994 fue incorporado el art. 75, cuyo texto actualmente vigente expresa en lo pertinente:

“Corresponde al Congreso:...”

8 C.S.J.N., Fallos: 315:1492, 07/07/1992, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros”.

9 C.S.J.N., Fallos: 316:1669, 07/07/1993, “Fibraca Constructora S.C.A. c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”.

10 C.S.J.N., Fallos: 317:1282, 13/10/1994, “Cafés La Virginia S.A.”.

“...22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.”

“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”

“Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional...”

“...24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

“La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo”.

“La denuncia de los tratados referidos a este inciso exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

Uno de los efectos más relevantes de la vigencia de las normas constitucionales transcritas, muy especialmente del inciso 22 del art. 75, es el profundo impacto que implicó en el sistema de fuentes formales, en la interpretación y aplicación de

las normas de jerarquía legal y supralegal, y en la delimitación de las obligaciones del Estado al respecto, incluida la actuación de los jueces y tribunales.

Según las normas precitadas, a partir de la reforma constitucional, tienen jerarquía supralegal los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales.

Para la doctrina y la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, en el universo de los tratados concluidos con las organizaciones internacionales de jerarquía supralegal están comprendidos los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ¹¹, lo que genera un enorme impacto en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo en la República Argentina, por la relevancia de esas normas internacionales en la regulación jurídica de cuestiones atinentes a las relaciones individuales y colectivas del trabajo.

En una sentencia reciente, al declarar la invalidez de la cláusula de un convenio colectivo de trabajo que desconocía el carácter salarial de una prestación de indudable naturaleza remuneratoria, en violación al Convenio 95 de la OIT sobre la Protección del Salario, la Corte Suprema reiteró la doctrina según la cual cuando la Nación Argentina ratifica un tratado (en el caso: el mentado Convenio 95) se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata ¹²

Según el art. 19.5.d) de la Constitución de la OIT, una vez aprobado un convenio por la autoridad nacional competente y comunicada la ratificación formal al Director General de aquel organismo internacional, el Estado adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio. El precepto, en consecuencia, da cuenta de un “principio evidente”, en palabras de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1925, en virtud del cual “un Estado que ha

11 Etala, Carlos Alberto, “Derecho colectivo del trabajo”, Astrea, 1ª edición, Buenos Aires, 2001, p. 17; Von Potobsky, Geraldo, “Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?”, revista DT, 1997-A, p. 457; C.S.J.N., Fallos: 327:4607, 26/10/2004, “Milone, Juan Antonio c/Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo”, Fallos: 332:170, 24/02/2009, “Aerolíneas Argentinas S.A.”; Fallos: 333:2306, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.”; Fallos: 334:1387, 15/11/2011, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”.

12 C.S.J.N., 4/06/2013, “Díaz, Paulo Vicente c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A.”.

válidamente asumido obligaciones internacionales, está obligado a introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de dichas obligaciones”¹³

La existencia o inexistencia de la necesidad de medidas para hacer efectivas las disposiciones de un convenio de la OIT no puede ser establecida a la luz del mencionado art. 19.5.d), sino a la del ordenamiento jurídico interno, pues la incorporación de un convenio depende básicamente de cada régimen nacional. En caso contrario, se llegaría a un resultado insostenible: que la Constitución de la OIT habría impuesto a los Estados, para tornar aplicable un convenio ratificado, una suerte de régimen de tipo dualista, mediante el cual, todo convenio, en globo, requeriría siempre, a modo de “medida necesaria”, una “recepción legislativa interna”, a despecho de que el ordenamiento nacional previera uno de carácter monista -como es el vigente en la actualidad en la República Argentina-, que volviera “innecesario” tal proceder¹⁴

Los órganos judiciales tienen el irrenunciable papel, dentro de los alcances de su competencia, de evitar que se produzca la responsabilidad internacional del Estado, teniendo en cuenta que las sentencias judiciales integran el abanico de “medidas” destinadas a satisfacer la efectividad de los derechos¹⁵

Tanto el art. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) como el art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), establecen que nada de lo dispuesto en estas normas internacionales autorizará a los Estados Partes en el Convenio 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Como la República Argentina ratificó el Convenio 87 de la OIT, el reenvío expreso realizado por los arts. 8.3 del PIDESC y 22.3 del PIDCP, ambos de jerarquía

13 C.P.J.I., Echange des populations grecques et turques/Exchange of Greek and Turkish Populations, opinión consultiva, 21/02/1925, Serie B, nº 10, p. 20.

14 C.S.J.N., sent. cit. en la nota 11 (voto concurrente de los jueces Maqueda y Zaffaroni).

15 C.S.J.N., Fallos: 318:514, 07/04/1995, “Giroldi, Horacio David y otro”; Fallos: 318:1269, 14/06/1995, “Wilner, Eduardo Mario c/Osswald, María Gabriela”.

constitucional, lleva a la doctrina y a la jurisprudencia de la Corte Suprema a sostener que aquel convenio de la OIT también ostenta jerarquía constitucional ¹⁶

En síntesis: todos los Convenios de la OIT ratificados por la República Argentina tienen jerarquía supralegal, con excepción del 87 que ostenta rango constitucional.

IV

Luego de la entrada en vigencia de la reforma de 1994, además de los instrumentos mencionados en el art. 75, inc. 22, párr. 2º de la Constitución Nacional, adquirieron jerarquía constitucional dos convenciones internacionales de derechos humanos.

En efecto, en 1997 la ley 24.820 otorgó ese rango a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que había sido adoptada por la vigésima cuarta Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, y aprobada por la ley 24.556 en 1995.

En 2003 la ley 25.778 otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que había sido adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968 y aprobada por la ley 24.584 en 1995.

En 1996 la ley 24.632 aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Pará, suscripta en esta ciudad de Brasil el 9 de junio de 1994. La Argentina depositó el instrumento de ratificación el 5 de julio de 1996, por lo que este instrumento tiene jerarquía supralegal.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" fue aprobado por la ley 24.658 en 1996. La Argentina había depositado el instrumento de ratificación el 17 de noviembre de 1988, por lo cual este instrumento también tiene jerarquía supralegal.

16 Etala, Carlos Alberto, ob. cit. en la nota 10, p. 18 y 56; Rodríguez Mancini, Jorge, "Las instituciones del derecho colectivo del trabajo y la Constitución Nacional", en Alvarez y otros, "Derecho colectivo del trabajo", La Ley, Buenos Aires, 1997, p. 47 y 48; Von Potobsky, Geraldo, ob. cit. en la nota 10; C.S.J.N., Fallos: 331:2499, 11/11/2008, "Asociación de Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo".

En 2000 la ley 25.280 aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscrita en Guatemala, República de Guatemala, el 8 de junio de 1999. La Argentina depositó el instrumento de ratificación el 10 de enero de 2001, de ahí que esta convención también tiene jerarquía supralegal.

En 2008 la ley 26.378 aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006, los que adquirieron jerarquía supralegal al ser ratificados.

Pese a no estar enunciada expresamente en el párrafo segundo del inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, y a no ser susceptible de ratificación, tiene un valor jurídico relevante en materia de derechos sociales la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Declaración de los derechos sociales del trabajador), aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948.

V

En diversos votos que informan decisiones de la Corte Suprema se ha entendido que con el otorgamiento de jerarquía constitucional a los tratados, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos enunciados en el art. 75, inc. 22, párr. 2º de la Carta Magna, ya se dejó asentada su concordancia con los principios de derecho público establecidos en ella, en tanto los constituyentes ya habrían efectuado el juicio de comprobación en virtud del cual habrían cotejado los instrumentos internacionales precitados y los artículos constitucionales y verificado que no se producía derogación alguna de estos últimos. Así se ha afirmado que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir ¹⁷

17 C.S.J.N., Fallos: 319:3148, 26/12/1996, “Monges, Analía M. c/U.B.A. - res. 2314/95” (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano y López); Fallos: 319:3241, 27/12/1996, “Chocobar, Sixto Celestino c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos” (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López); Fallos: 321:885, 16/04/1998, “Petric, Domingo Antonio c/Página 12” (voto de los jueces Moliné O’Connor y Boggiano); Fallos: 321:2637, 20/09/1998, “Cancela, Omar Jesús c/Artear S.A.I. y otros” (voto de los jueces Nazareno, Moliné

Distintos autores comparten en lo sustancial esa postura¹⁸

El juez Fayt en disidencia de esa doctrina, sostuvo que, en base al art. 27 de la Constitución Nacional, es al Poder Judicial a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, evaluar, en su caso, si un tratado internacional (cualquiera sea su categoría) guarda “conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución”. En otras palabras, debe asegurarse la supremacía constitucional, tal como ya se había declarado categóricamente en el voto de los jueces Gabrielli y Guastavino en el caso “Cabrera”, en el que se había ejercido el control de constitucionalidad con fundamento en la función que corresponde a la Corte de salvaguardar la vigencia de la Constitución Nacional.

Añade el citado magistrado que en nada se ha apartado la reforma constitucional de 1994 del principio seminal que consagra la supremacía de la Constitución en relación a los tratados internacionales, como lo había sostenido la Corte con fundamento en la letra del art. 27, que permanece enhiesto. Como se dijo, esta interpretación es (a su vez) un corolario del sistema rígido que adopta la Constitución para su reforma (art. 30).

Por tanto, los tratados de derechos humanos a los que hacen referencia los párrafos segundo y tercero del art. 75 inc. 22, son jerárquicamente superiores a los demás tratados -los supralegales (art. 75, inc. 22, primer párrafo, e inc. 24)- y por ello tienen jerarquía constitucional, pero eso no significa que sean la Constitución misma. En efecto, la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno -según el juez Fayt- que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la Primera Parte de la Constitución,

O'Connor, López y Vázquez y voto concurrente del juez Boggiano, constituyendo mayoría en este caso); Fallos: 322:875, 27/05/1999, “Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)” (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano y López); Fallos: 324:975, 3/04/2001, “S., V.” (voto de los jueces Moliné O'Connor y López y voto concurrente de los jueces Boggiano y Vázquez); Fallos: 324:2895, 25/09/2001, “Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil S.A. y otros” (voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López); Fallos: 328:2056, 14/06/2005, “Simón, Julio Héctor y otros” (voto del juez Lorenzetti), entre otras.

- 18 Moncayo, Guillermo R., “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 98/100 y fe de erratas; Vanossi, Jorge R., “Los tratados internacionales ante la reforma de 1994”, en Abregú y Courtis, ob. cit., p. 108; Gutiérrez Posse, Hortensia D.T., “El derecho internacional en la Constitución Nacional”, en Bidart Campos, Germán J. y Sandler, Héctor R. (coords.), “Estudios sobre la reforma constitucional de 1994”, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 279.

aquéllos deberían primar sobre el derecho interno. Distinta es la situación que se presenta cuando la norma prevista en el tratado con jerarquía constitucional no deroga y altera el “equilibrio” normativo, sino que puede compatibilizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente.

Como la incolumidad de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional resulta incuestionable, es que mantendría plena vigencia lo dicho por el Procurador General en la citada causa “Cabrera”, en el sentido que “los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el art. 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución”

Desde esa perspectiva, sólo cabría concluir que la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo. En segundo término, se ubicarían los tratados sobre derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del art. 75, inc. 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro -tercer párrafo del art. 75, inc. 22-. En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso.

La reforma constitucional -según el juez Fayt- sólo habría modificado la relación entre los tratados y las leyes, ya establecida pretorianamente en la causa “Ekmekdjian” en base al art. 27 de la Convención de Viena, pero en modo alguno entre los tratados (cualquiera fuera su categoría) y la Constitución Nacional, lo que jamás habría sido posible por la expresa prohibición a la Convención Constituyente de modificar los arts. 1 a 35 (ley 24.309, art. 7)¹⁹

Discrepamos respetuosamente de la tesis del juez Fayt por las siguientes razones.

Como señala Gialdino, el hecho de que haya sido la propia Constitución la que le dio su misma jerarquía a otras normas no hizo a éstas inferiores a aquélla. A su vez, si los instrumentos internacionales en juego “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías [...] reconocidos” por la Constitución, y si complementar es dar integridad, perfección y plenitud a una cosa, resultaría incongruente que el complemento tenga una jerarquía inferior a aquello que, me-

19 C.S.J.N., Fallos: 327:3312, 24/08/2004, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro” (disidencia del juez Fayt) y “Simón, Julio Héctor y otros”, sent. cit. en la nota 16 (disidencia del juez Fayt).

diante éste, alcanza dichas calidades. Más todavía, el carácter de complementarios no debe confundirse con el de accesorios. El aporte de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos no requiere la previa existencia de un elemento principal, vale decir, la previa existencia (o reconocimiento) de aquéllas en la Constitución, de tal suerte que la contribución sólo viniera a ser un accidente que las reitera, matiza o profundiza ²⁰

Según jurisprudencia reiterada del Supremo Tribunal Federal, como no cabe suponer que el legislador haya actuado con inconsecuencia o imprevisión al dictar las leyes, éstas deben interpretarse evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y las deje a todas con valor y efecto ²¹

Si esa doctrina es trasladable, al menos en igual medida, al constituyente, no parecería coherente considerar que la decisión de éste de dar a determinados instrumentos internacionales de derechos humanos la misma jerarquía que a la Constitución, hubiese sido adoptada sin cuidar que el conjunto así formado no presentara contradicciones ²²

Una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución misma (art. 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones ²³

En la Convención Constituyente de 1994 se señaló expresamente que lo que se pretendía establecer:

“...es una política constitucional, cual es la de universalizar los derechos humanos, reconocer los organismos supranacionales de solución de conflictos como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y promover opiniones consultivas de la Corte Interamericana, para que informe sobre el alcance de las normas consagradas en el Pacto, así como

20 Gialdino, ob. cit. en nota 1, p. 386.

21 C.S.J.N., Fallos: 330:1910, 24/04/2007, “Ramos, Ernesto c/Ingenio Ledesma S.A.A.I.”, entre otras.

22 Gialdino, ob. cit. en nota 1, p. 387.

23 C.S.J.N., Fallos: 330:3248, 13/07/2007, “Mazzeo, Julio Lilo y otros” y 332:1963, 25/08/2009, “Arriola, Sebastián y otros” (voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

*también sobre leyes y disposiciones conforme a sus propias resoluciones para asegurar que estén en armonía...*²⁴

La relevancia otorgada por el Constituyente de 1994 a la universalización de los derechos humanos resulta corroborada por la redacción del incorporado art. 75, inc. 24, que faculta al Congreso de la Nación a aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, siempre que respeten el orden democrático y los derechos humanos; es decir, el respeto y la garantía de los derechos humanos están comprendidos dentro del ámbito de los principios de derecho público a los que alude el art. 27 de la Constitución Nacional.

En el mismo sentido, la Corte Suprema había destacado enfáticamente casi cuatro décadas antes de la reforma constitucional de 1994, que nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad, ni que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos²⁵

El art. 33 de la Constitución Nacional (texto originario que no fue modificado) dispone claramente que “*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”, lo que permite concluir, por las razones que expondremos seguidamente, que incluso con anterioridad a la incorporación expresa de los principios y reglas del Constitucionalismo Social al texto de nuestra Carta Magna, los derechos humanos del trabajador tenían tutela constitucional y, por ende, integraban los principios de derecho público a los que se refiere el mentado art. 27.

En materia de derechos humanos del trabajador, las normas de los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional que le reconocen a aquél derechos específicos e inespecíficos complementan los derechos consagrados por nuestra

24 Convencional Alicia Oliveira en la 220 Reunión, 30. Sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, T. III, p. 2861, transcripción hecha por la C.S.J.N. en la sentencia dictada en el caso “Mazzeo”, cit. en la nota 22.

25 C.S.J.N., Fallos: 241:291, 05/09/1958, “Samuel Kot S.R.L.”.

Carta Magna, en particular por su art. 14 bis, que incorpora el Constitucionalismo Social, norma esta última que conforma también los principios de derecho público de la Constitución.

En efecto, como sostenía lúcidamente Justo López hace más de cuatro décadas, la constitucionalización de los derechos sociales implicó, indudablemente, la aceptación expresa de un cambio en la dogmática constitucional, que ya no cabría situar en la perspectiva de una concepción individualista del derecho y del estado. Desde esta perspectiva, corresponde considerar superada la concepción del estado de derecho individualista, no, precisamente, en tanto estado de derecho, sino en tanto individualista; ahora se suele hablar, por ejemplo, de un estado de bienestar, como concepción que completa -en el ordenamiento estatal- los derechos individuales con los derechos sociales, sin aniquilar aquéllos ni sacrificar a ellos estos últimos. En esta concepción se sitúa, ahora, sin lugar a dudas, la parte dogmática de la Constitución Nacional. Esto no puede significar sino peculiares restricciones a los derechos de ejercer toda industria lícita, comerciar, contratar y “descontratar”, sin las que no sería ni siquiera concebible el moderno derecho del trabajo²⁶

Según doctrina de la Corte Suprema, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes; sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el trabajador es sujeto de preferente tutela, toda vez que el art. 14 bis de nuestra Carta Magna dispone textualmente que “*El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...*” una serie de derechos que seguidamente enuncia²⁷

Esta preferencia es la respuesta constitucional dada en 1957 a diversas situaciones y comprobaciones fácticas, entre otras, la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo, pero que habían arraigado en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal anterior a la vigencia del mentado art. 14 bis²⁸.

26 López, Justo, “Despido arbitrario y estabilidad”, L.T. XXI, p. 289 y ss.

27 C.S.J.N., Fallos: 327:3677, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A.”; Fallos: 331:1815, “Gentini, Jorge, Mario y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Trabajo”; Fallos: 332:709, 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro”; Fallos: 332:2043, 01/09/2009, “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco S.A.”; “Díaz c/Quilmes”, sent. cit. en la nota 11; A. 598. XLIII, 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

28 C.S.J.N., Fallos: 181:209, año 1938, “Rusich, Elvira c/Cía. Introdutora de Bs. Aires”.

Se explica, así, que ya para 1938, la Corte haya considerado que el legislador argentino, al disponer que “el patrón no puede despedir a su dependiente sin justa causa, cualesquiera sean los términos del contrato de trabajo, sin indemnizarlo prudencialmente”, no hacía más que seguir el “ritmo universal de la justicia”²⁹

A su turno, la incorporación del art. 14 bis a la Constitución Nacional tradujo ese ritmo en deberes inexcusables del Congreso a fin de asegurar al trabajador un conjunto de derechos inviolables³⁰

Su “excepcional significación, dentro de las relaciones económico-sociales existentes en la sociedad contemporánea, hizo posible y justo” que a las materias sobre las que versó el art. 14 bis se les destinara la parte más relevante de una reforma constitucional³¹

La hipotética censura del carácter protectorio del derecho del trabajo fundada en la supuesta afectación del llamado mercado de trabajo, y del mercado económico en general, omite hacerse cargo de que su eventual consistencia exige ignorar o subvertir tanto el principio de supremacía de la Constitución Nacional, cuanto el fundamento en el que toda ésta descansa según el texto de 1853-1860, robustecido aun más por los señeros aportes del art. 14 bis y la reforma de 1994 (especialmente su art. 75 inc.22).

Consentir que la reglamentación del derecho del trabajador reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las “leyes” de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas “leyes”), pur y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional.

Puesto que, si de ésta se trata, resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí

29 C.S.J.N., sent. cit. en la nota 27.

30 C.S.J.N., Fallos: 252:158, año 1962, “Mata, José María c/Ferretería Francesa S.A.”.

31 C.S.J.N., “Vizzoti c/Amsa S.A.”, sent. cit. en la nota 26.

que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad³²

Recientemente nuestro más Alto Tribunal ha señalado que las llamadas “medidas de ajuste” derivadas de “crisis económicas” y una “grave escasez de recursos”, hacen que los esfuerzos de las autoridades por proteger los derechos económicos, sociales y culturales adquieran una urgencia “mayor, no menor”, y que la “protección” de las “capas vulnerables de la población” es, precisamente, “el objetivo básico del ajuste económico”. Agregó la Corte Suprema que todo equilibrio entre las reformas económicas y la protección de los derechos humanos, obliga a proteger “en particular a los grupos más vulnerables”, cuanto más en el campo laboral y salarial, en el cual, todos los poderes públicos, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, “deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima” al art. 14 bis de la Constitución Nacional, tutela ésta que, por ende, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad³³

Para la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina el trabajo humano no constituye una mercancía³⁴, y la relación laboral muestra una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida por la actividad humana, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad³⁵; de ahí que dignidad y trabajo se relacionen en términos naturalmente entrañables según lo destaca con claridad el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en tanto “*las leyes asegurarán al trabajador: condiciones dignas [...] de labor*”³⁶

32 C.S.J.N., “Vizzoti c/Amsa S.A.”, sent. cit. en la nota 26.

33 C.S.J.N., “Asociación Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26.

34 C.S.J.N., Fallos: 290:116, 25/10/1974, “Paredes, Humberto c/Compañía Colectiva Costera Criolla S.A.”.

35 C.S.J.N., “Pérez c/Disco S.A.”, sent. cit. en la nota 26; “Álvarez y otros c/Cencosud”, sent. cit. en la nota 10.

36 C.S.J.N., Fallos: 330:1989, 03/05/2007, “Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas” (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi); “Álvarez y otros c/Cencosud”, sent. cit. en la nota 10; “Asociación de Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26.

En esa línea, el Supremo Tribunal Federal sostiene que en materia laboral no es aplicable la doctrina en virtud de la cual el voluntario sometimiento, sin reservas expresas, a un régimen comporta un inequívoco acatamiento que conlleva a la improcedencia de su impugnación ulterior, toda vez que, una vez establecido que la disputa interesa al trabajo del art. 14 bis citado, el principio protectorio que éste enuncia y el carácter inviolable de los derechos que reconoce, conducen con necesidad a la indisponibilidad y a la prohibición de renuncia de la aplicación de las normas que tutelan el trabajo “en todas sus formas”, vale decir, tanto al prestado en el ámbito público como en el privado³⁷

El art. 75, inc. 19 de la Constitución, según la redacción dada por el Constituyente de 1994, establece en lo pertinente:

“Corresponde al Congreso:...”

“...19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social...”

La citada referencia constitucional a la justicia social ofrece diversos ángulos de estudio. Uno de éstos, radica en la inequívoca manda que pesa sobre el Congreso Nacional: la Constitución impone que tanto los fines como los medios -“lo conducente”- del progreso económico deben estar informados por una muy particular condición: la de tributar a la justicia social³⁸

La mención expresa de la justicia social en el texto constitucional sólo constituye una novedad lingüística, porque este principio ya estaba reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los siguientes términos:

“...el “objetivo preeminente” de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el “bienestar general” (Fallos: 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia socialis. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones

37 C.S.J.N., Fallos: 335:729, 22/05/2012, “Iribarne, Rodolfo Antonio c/Estado Nacional (Honorable Senado de la Nación)”; M. 1948. XLII., 06/11/2012, “Martínez, Adrián Omar c/Universidad Nacional de Quilmes”.

38 Gialdino, Rolando Edmundo, “Los pobres y la justicia social”, E.D., diario del 20/03/1997, p. 2.

*de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad...*³⁹

Al decir de Masnatta, en un texto contemporáneo a la reforma constitucional de 1994, la recepción expresa de la justicia social, habilitaba la “función transformadora” de la Constitución. A partir de la etapa “post-constitucional” le competía al Congreso Nacional la adopción de cláusulas y principios que permitieran el desarrollo productivo con justicia social. Constituiría, según el mencionado jurista, una “plataforma de lanzamiento” para nuestros legisladores y nuestros jueces⁴⁰

En esa línea transformadora augurada por Masnatta se inscribe la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal durante la última década.

En lo sustancial, la Corte Suprema ratifica la doctrina del caso “Berçaitz”⁴¹, y destaca que la justicia social se ha visto reforzada por las reformas, de 1957, al acoger las tendencias del constitucionalismo social (art. 14 bis, CN), y de 1994, para la cual lo que cuenta es el “desarrollo humano” y el “progreso económico con justicia social” (art. 75, inc. 19, CN)⁴²

Es indudable, entonces, que la justicia social también forma parte de los principios de derecho público a los que se refiere el art. 27 de la Constitución Nacional.

A nuestro entender, tampoco modifican las conclusiones expuestas lo resuelto por la Corte Suprema en el caso “Cabrera” invocado por el juez Fayt como uno de los fundamentos de su tesis. Ello por las siguientes razones.

En primer lugar, porque en la época del dictado de esa sentencia, según la doctrina de nuestro máximo tribunal, los tratados tenían la misma jerarquía que las leyes, por ende, inferior que la Constitución⁴³

En segundo término, porque el tratado internacional cuestionado en ese caso no era de derechos humanos; es más, la norma específicamente impugnada negaba un derecho humano fundamental: el derecho de un trabajador de acceder a la jurisdicción.

39 C.S.J.N., Fallos: 289:430, 13/09/1974, “Berçaitz, Miguel Angel”.

40 Masnatta, Héctor, “Interpretación de la Constitución”, La Ley, diario del 03/10/1994.

41 C.S.J.N., “Madorrán c/A.N.A.”, sent. cit. en la nota 35 (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi); Fallos: 333:1361, 10/08/2010, “Ascuá, Luis Ricardo c/Somisa”.

42 C.S.J.N., “Torrillo c/Gulf”, sent. cit. en la nota 26; “Pérez c/Disco”, sent. cit. en la nota 26; “Asociación de Trabajadores del Estado”; sent. cit. en la nota 26.

43 Ver precedentes enunciados en la nota 5.

En efecto, la cláusula 4ta. del acuerdo de sede suscripto el 15 de abril de 1977 entre la República Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, aprobado por la ley 21.756, establecía una completa inmunidad de jurisdicción no sólo ante los tribunales argentinos, sino también ante los de cualquier otro Estado y aun ante tribunales internacionales.

Así planteada la cuestión, cabe destacar que, si bien el dictamen del Procurador General de la Nación, compartido por el voto de los jueces Rossi, Martínez Vivot y Gnecco, fundó la solución del caso -inconstitucionalidad de la cláusula precitada- en el principio de supremacía de la Constitución, no soslayó la relevancia de los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para la conceptualización del derecho a la jurisdicción como la posibilidad efectiva de ocurrir ante algún órgano competente que permitiera ejercer todos los actos razonablemente encaminados a una cabal defensa de la persona o de sus derechos, sin que pudiera hablarse de derecho de defensa, ni de “debido proceso”, como garantía adjetiva, sin la presencia de un tribunal que, de acuerdo con un procedimiento legal, diera cauce a las acciones enderezadas a hacer valer eficazmente los derechos individuales⁴⁴

Las razones expuestas bastarían, según nuestro parecer, para descartar la invocación de esta sentencia de la Corte Suprema como doctrina opuesta a la jerarquía constitucional otorgada por el Constituyente de 1994 a una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, y al juicio de complementariedad y armonía de estos últimos con la Constitución Nacional efectuado por aquél.

Con todo, un tramo relevante del voto de los jueces Gabrielli y Guastavino, compartido por los jueces Rossi, Martínez Vivot y Gnecco, constituyendo por ende doctrina unánime del Supremo Tribunal Federal en ese caso, corrobora la tesis que sustentamos.

Consideramos pertinente su transcripción:

“...esta Corte tiene la función de salvaguardar la vigencia de la Constitución Nacional y también el deber de preservar por razones de prudencia la estabilidad de los pactos internacionales válidos celebrados por la República Argentina según el derecho de gentes, base y sustento de la seguridad en la comunidad de las naciones y en los cuales está solemnemente empeñada la fe pública. Por ello, corresponde ante todo tratar la validez o no de la cláusula de inmunidad absoluta inserta en el acuer-

44 C.S.J.N., Fallos: 305:2150, 5/12/1983, “Cabrera, Washington Julio Efraín c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, dictamen del Procurador General de la Nación López al cual adhieren los jueces Rossi, Martínez Vivot y Gnecco.

do sede a la luz de las normas vigentes en el propio derecho internacional conforme lo autoriza el art. 21 de la ley 48...”

“...Que entendida la inmunidad jurisdiccional como la exención por razones propias del derecho de gentes de sometimiento compulsivo a los tribunales, en el presente caso han de precisarse sus límites y alcances cuando pretende ampararse en ella, como sujetos de tal rama del derecho, una organización internacional intergubernamental...”

“...Que si bien dichos entes gozan de la referida prerrogativa conforme los convenios internacionales que les dieron origen y, en su caso, los respectivos acuerdos sede, ha de recordarse que la convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados a que se refiere la resolución 179 de la Asamblea de las Naciones Unidas del 21 de noviembre de 1947 (aprobada por el decreto-ley 7.672 de 1973) contiene categóricas estipulaciones respecto a la necesidad de establecer procedimientos apropiados para la resolución de controversias de derecho privado que se susciten y, asimismo, consultas y procedimientos ante tribunales internacionales en supuestos de abusos sobre otorgamiento de inmunidad (arts. III, sección 4ta.; VII, sección 24; IX, sección 31). Aunque tales estipulaciones no son específicamente aplicables al caso de autos, evidencian un claro límite a la facultad de convenir internacionalmente la exención jurisdiccional, en congruencia con diversos documentos internacionales que garantizan una suficiente y adecuada tutela de los derechos involucrados en las mencionadas controversias (ver entre otros Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 8º y 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 3º y 14; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, art. 18; ver asimismo Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, art. 8º). Tal limitación -por su propia índole y atentos los derechos que pueden verse afectados como ocurre en el caso- constituye una norma imperativa de derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados, insusceptible de ser dejada de lado por acuerdos en contrario conforme al art. 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, aprobada por ley argentina 19.865, aplicable en virtud de los arts. 3º y 5º de aquélla y por su carácter autoejecutorio según la mira o propósito de los Estados contratantes atenta sus posibilidades de real y concreta vigencia...”

“...Que, como se deriva de lo expuesto, uno de los objetivos y fines de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados es resguardar la invulnerable supremacía de las normas imperativas de derecho internacional general (art. 53). De acuerdo con criterios elementales del derecho internacional consuetudinario, apli-

cables por esta Corte en virtud del ya citado art. 21 de la ley 48 y de la doctrina de Fallos: 176:218 y 178:174, entre otros y receptados por la propia Convención en el art. 18, los Estados -en supuestos vinculados a derechos de la especie que se ventilan en autos- deben abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustre aquel objeto y fin si, como es el caso del Uruguay, firmaron el tratado a reserva de ratificación, mientras no hayan manifestado su intención de no llegar a ser parte; y si, como sucede respecto de nuestro país, manifestaron su consentimiento en obligarse por el tratado y la entrada en vigor no se ha retardado indebidamente, circunstancia esta última que no media, pues la mencionada Convención ha entrado en vigor a partir del 27 de enero de 1980...”

“...Que la cláusula 4ta. del acuerdo de sede suscripto el 15 de abril de 1977 entre el Gobierno de la República Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande -aprobado por ley 21.756-, al establecer una exención no sólo ante los tribunales argentinos sino ante los de cualquier otro Estado y aun ante tribunales internacionales, con completa privación de justicia y negación al derecho a la jurisdicción, vulneró la mencionada norma imperativa del derecho internacional general. Padece, pues, del vicio de nulidad ab initio conforme el ya citado art. 53 de la Convención de Viena de 1969, susceptible por su carácter absoluto y dada la índole laboral del juicio de ser declarado por el Tribunal aun sin petición de parte (art. 1047 del Código Civil y doctrina de Fallos: 301:294, considerando 8º), sin perjuicio de cuál sea el encuadramiento definitivo de la relación jurídica que medió entre las partes. La invalidez se retrotrae a la fecha misma del acto nulo como si éste no hubiera tenido lugar, reasumiendo jurisdicción los tribunales respectivos (arg. arts. 69 y 71 de la Convención de Viena de 1969). Por ello y aun con prescindencia de la constitucionalidad del art. 27 de la Convención citada -relacionado con el derecho interno y la observancia de los tratados-, corresponde estimar inválida la inmunidad jurisdiccional absoluta invocada por la demandada en el propio ámbito jurídico formado por el derecho internacional consuetudinario y los tratados aprobados por la Argentina de acuerdo con el principio según el cual las normas del derecho internacional aprobadas por el Poder Legislativo y debidamente ratificadas se incorporan como regla al derecho interno siendo aplicables dentro del Estado cuando revisten el carácter de autoejecutorios o autosuficientes...”⁴⁵

45 C.S.J.N., sentencia citada en la nota 43 (voto concurrente de los jueces Gabrielli y Guastavino; los jueces Rossi, Martínez Vivot y Gnecco compartieron las consideraciones y la conclusión del voto de sus colegas, en cuanto fundadas sustancialmente en el derecho de gentes).

En síntesis: uno de los argumentos sustanciales de la Corte en el caso “Cabrera” fue que la norma del tratado cuestionado era nula porque el derecho vulnerado -acceso a la jurisdicción- integraba el *jus cogens*, conclusión más justificada por la índole laboral del reclamo incoado.

Por último, resulta necesario destacar que el art. 14 bis de nuestra Carta Magna, tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (vgr. art. 5.2 del PIDESC), vale decir como una norma de contenidos mínimos, no excluyente de “otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano” (art. 29.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sobre todo ante la amplitud de miras que le confiere el principio protectorio que encabeza la norma constitucional precitada, y la referencia, en general, a las “condiciones de trabajo”⁴⁶

VI

Se sostiene que la doctrina según la cual la armonía o concordancia entre los tratados sobre derechos humanos y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir, también resulta aplicable a los tratados sobre derechos humanos que adquieran jerarquía constitucional con posterioridad a la reforma de 1994 con arreglo a lo dispuesto en el último párrafo del art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental.

Los argumentos que sustentan esta tesis son los siguientes.

Cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma según el cual al elevar el tratado a la misma jerarquía que la Constitución estatuye que éste no sólo es arreglado a los principios de derecho público de la Constitución, y no deroga norma alguna de la Constitución, sino que la complementa. Tal juicio constituyente del Congreso Nacional no podría ser revisado por la Corte Suprema para declarar su invalidez, sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución. En último análisis tal juicio constituyente del Congreso no implica ni puede introducir reforma alguna de la Constitución pues el tratado no deroga norma alguna de la Constitución y sólo complementa los derechos y garantías en

46 C.S.J.N., “Álvarez y otros c/Cencosud”, sent. cit. en la nota 10.

ella declarados. Si tal armonía y concordancia debe constatarse, es obvio, con mayor razón que el tratado también se ajusta al art. 27 de la Constitución.

No se trata, por ende, de una estricta reforma constitucional, porque el tratado al que se le confiere jerarquía constitucional no modifica, altera o deroga la Constitución, sino que la complementa y confirma con normas que si bien pueden desarrollar o hacer explícitos los derechos y garantías constitucionales guardan siempre el espíritu de tales derechos. Por analogía, el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia pues constituyen la Constitución misma. Y es la Constitución la que confiere poderes al Congreso para elevar el tratado a la jerarquía constitucional. Y no puede afirmarse que tal facultad (art. 75 inc. 22) quebranta la rigidez del art. 30 porque jamás podría razonablemente afirmarse que el art. 75 inc. 22 de la Constitución lesiona el art. 30. Porque no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras. Obviamente, cabe distinguir los distintos ámbitos de aplicación según las materias de las normas constitucionales.

La Corte no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la misma Constitución.

Otra cosa sería si se declarara inválida la reforma constitucional que faculta al Congreso a conferir aquella jerarquía a ciertos tratados; empero, nadie ha afirmado que tal facultad del Congreso conferida por la reforma de 1994 fuese inconstitucional.

No es necesario que sea el poder constituyente el que confiera directamente tal jerarquía constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos, si aquél ha asignado tal poder al Congreso con mayorías especiales. Es claro que éste no podría dotar de jerarquía constitucional a un tratado que lesione un principio constitucional. Es más, sería inconcebible que el poder constituyente no pudiese reformar el mismo art. 30 de la Constitución⁴⁷

Gelli sostiene que el mecanismo del último párrafo del art. 75, inc. 22 implica una flexibilización de la rigidez del sistema de reforma constitucional previsto en el art. 30 de nuestra Carta Magna, aunque -añade- de extenderse la doctrina que surge de los votos que informan decisiones de la Corte Suprema expuesta precedentemente (ver cap. V, párr. 1º), se supone que el Congreso Nacional, en la segunda

47 C.S.J.N., “Arancibia Clavel” (voto del juez Boggiano), sent. cit. en la nota 18; Fallos: 327:5668, 23/12/2004, “Espósito, Miguel Angel” (voto del juez Boggiano).

votación, examinará la compatibilidad con la Ley Fundamental de los nuevos tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional⁴⁸

En cambio, según Gialdino, cuando el Congreso Nacional otorga jerarquía constitucional a un tratado debe ejercer un control de constitucionalidad. Como se pronuncia, para dicha calificación, a través de una ley, ésta puede ser impugnada ante los jueces en un caso concreto.

Contrariamente a lo previsto expresamente en el párr. 2º del art. 75, inc. 22, el párr. 3º guarda silencio respecto a la compatibilidad con las normas constitucionales de los tratados que adquieran esa jerarquía luego de la entrada en vigencia de la reforma constitucional, por lo que no cabe reconocer al legislador una facultad general y abierta que produciría un notorio desequilibrio del principio de división de poderes, y un descalabro de la distinción entre poderes constituidos y constituyentes.

En síntesis, la elevación al rango constitucional de un tratado sobre derechos humanos es un atributo exclusivo del Congreso Nacional, no revisable por los jueces; pero la aplicación concreta de sus contenidos en materia de derechos, libertades y garantías, puede ser cuestionada, caso judicial mediante, ante dichos magistrados, con base en la invalidez derivada de su incompatibilidad con la Constitución Nacional o con los instrumentos internacionales del párr. 2º del mentado art. 75, inc. 22, sin que ello implique la admisión tácita de la tesis del segundo rango de esos tratados⁴⁹

Habíamos señalado hace más de tres lustros, siguiendo a Bidart Campos, que, teniendo en cuenta que entre los temas habilitados por el Congreso Nacional para el debate por la Convención Constituyente de 1994 figuraban los “Institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales” (art. 3º, pto. I de la ley 24.309), el Constituyente contaba con margen suficiente para la regulación de los tratados con las demás naciones y con las organizaciones internacionales -incluidos los tratados, convenciones y pactos de derechos humanos- en los términos en que quedó concretada en el art. 75, inc. 22, sin que ello resultara prohibido por el art. 7º de la ley 24.309, norma que sólo impedía introducir modificaciones a la letra de

48 Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, La Ley, tercera edición ampliada y actualizada, segunda reimpresión, Buenos Aires, 2007, p. 714/5.

49 Gialdino, ob. cit. en nota 1, p. 392. En el mismo sentido se pronuncia Moncayo, ob. cit. en nota 17, p. 102/3.

los 35 primeros artículos constitutivos del capítulo de las declaraciones, derechos y garantías.

Por tanto, cuando el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional asigna a determinados tratados de derechos humanos la misma jerarquía de la Constitución nos está diciendo que esos tratados (y los que en el futuro, mediante un procedimiento especial que la norma reglamenta, alcancen también rango constitucional) dejan de ser subconstitucionales, porque están “conformes” con los principios de derecho público establecidos en la Constitución (personalismo humanista), y porque ella los habilita a compartir su supremacía.

Los arts. 27 y 31 de la C.N. no han sufrido merma ni deterioro con la novedad de que determinados tratados de derechos humanos revistan jerarquía constitucional. Los que la han adquirido directamente con la reforma por imperio del art. 75, inc. 22, gozan de esa situación porque el constituyente así lo ha establecido; los que de ahora en adelante la obtengan en aplicación de la misma norma tendrán también rango constitucional mediante dicho procedimiento abreviado. Tanto en un supuesto como en el otro, la supremacía de la Constitución no queda desquiciada ni postergada, porque si hay tratados que, oriundos de fuente internacional la comparten, ello se debe a una decisión interna que proviene del poder constituyente, y no de una interferencia ilegítima ajena ⁵⁰

Como los tratados sobre derechos humanos tienen como objeto y fin propios que tales derechos se hagan efectivos en la jurisdicción interna de los estados que son parte de dichos tratados, un sistema de derechos en un Estado Democrático debe interpretarse de tal modo que logre completitud y quede cerrado a través de dos fuentes de retroalimentación: la interna de cada estado y la internacional.

Esa relación dinámica de influencia y complementariedad entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional en materia de derechos humanos, permite un reforzamiento mutuo de ambas disciplinas en beneficio de éstos. En efecto, tanto el Derecho Internacional como el Derecho Constitucional se complementan

50 Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, “Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales”, Contextos Revista Crítica de Derecho Social, N° 1, 1997, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 188/190. Bidart Campos, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, t. VI, “La reforma constitucional de 1994”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 241 y 248/250.

-lejos de excluirse-, en torno a la concepción, contenido, respeto, garantía y protección de los derechos humanos ⁵¹

Este fenómeno de complementación se pone en evidencia en la característica progresividad de los derechos humanos.

Los derechos humanos están en constante evolución, al menos desde 1948. Esta evolución ha ocasionado que, por un lado, un mismo derecho sea reconocido en formas cada vez más evolucionadas, en los diversos instrumentos internacionales a través de los años. En otros casos, ese mismo derecho, por la influencia ya sea internacional o interna, es consagrado en los textos constitucionales, con carácter cada vez más favorable a las personas.

Por lo cual puede ocurrir que un mismo derecho se encuentre regulado simultáneamente en varios instrumentos internacionales en diversos grados de beneficio a las personas. O también puede ocurrir que ese mismo derecho humano encuentre un reconocimiento mucho más favorable a las personas en el texto constitucional correspondiente ⁵²

El carácter mínimo y subsidiario que reviste el derecho internacional de los derechos humanos se concilia con la tendencia a la maximización y optimización del sistema de derechos, razón por la cual para alcanzar este resultado, el derecho internacional no pretende erigirse en cada tratado como fuente única -aunque sí mínima- y, al contrario, deja abierto el sistema a lo que de más amplio le puede brindar el derecho interno de cada Estado, como asimismo el propio derecho internacional a través de otros tratados ⁵³

Como señala Bidart Campos, toda la Constitución (su primera parte más el resto del articulado), en común con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional, que no forman parte del texto de la Constitución y quedan fuera de él (incluidos aquellos a los que la Carta Magna les reconoce expresamente ese rango y los que la adquieran en el futuro por decisión del Congreso), componen un bloque de constitucionalidad federal que tiene una igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional. Dentro de ese bloque no hay

51 Ayala Corao, Carlos M., "El derecho de los Derechos Humanos (La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos)", E.D., 9/12/1994, p. 9.

52 Gianibelli y Zas, ob. cit. en la nota 49, p. 192/3.

53 Bidart Campos, Germán J., "El art. 75 inc. 22 de la Constitución y los derechos humanos", en Abregú y Courtis, ob. cit. en nota 17, p. 82.

planos superiores ni planos inferiores; o sea, forman una cabecera en la que todas sus normas se encuentran en idéntico nivel entre sí.

La paridad jerárquica dentro del citado bloque impide declarar inconstitucionales a norma alguna de la constitución en relación con tratados internacionales de derechos humanos de rango constitucional, y a norma alguna de dichos instrumentos en relación con normas de la Constitución.

Por ende, toda aparente oposición o incompatibilidad ha de superarse a tenor de una interpretación armonizadora y congruente, en la que se busque seleccionar la norma que en su aplicación al caso concreto rinda resultado más favorable para la persona y para el sistema de derechos (integrado por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional), en razón del mayor valor (pero no supremacía normativa) que el sistema de derechos ostenta respecto de la organización del poder⁵⁴

La facultad del Congreso consagrada en el último párrafo del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional se extiende a los tratados sobre derechos humanos ratificados, tanto antes como después de la reforma constitucional de 1994, pues el hecho de que el constituyente no los hubiese incluido en la lista del párr. 2º de dicha norma, no es motivo para entender que decidió, para siempre, excluirlos de la posibilidad de tener rango constitucional⁵⁵

La “constitucionalización” por el constituyente de una serie de tratados, pactos y declaraciones sobre derechos humanos obedeció a la valoración de circunstancias de orden jurídico, político y social que lo han hecho privilegiar algunas materias y determinadas regulaciones.

En un mundo cambiante, en una sociedad dinámica, sometida a nuevas corrientes de pensamiento y a nuevas experiencias históricas, puede plantearse la necesidad o la conveniencia de otorgar jerarquía constitucional a instrumentos internacionales que antes no la poseían⁵⁶

54 Bidart Campos, ob. cit. en la nota 52, p. 78 y 86/8.

55 Gialdino, ob. cit. en la nota 1, p. 392.

56 Moncayo, ob. cit. en la nota 17, p. 102.

VII

Al poco tiempo de entrar en vigencia la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, refiriéndose expresamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señaló que su jerarquía constitucional había sido establecida por voluntad expresa del constituyente “en las condiciones de su vigencia”, esto es, tal como la mencionada Convención regía en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia debía servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (conf. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 de la Convención Americana y 2 de la ley 23.054)⁵⁷

El mencionado criterio fue reiterado por el más Alto Tribunal de la Argentina⁵⁸

Es más, el Supremo Tribunal Federal profundizó esta línea hermenéutica al señalar que la Corte Interamericana hadicho que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124)⁵⁹

57 C.S.J.N., “Giroldi y otro”, sent. cit. en la nota 14.

58 C.S.J.N., Fallos: 328:1146, 3/05/2005, “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”; “Simón y otros”, sent. cit. en la nota 16; Fallos: 328:3399, 20/09/2005, “Casal, Matías Eugenio y otro”; Fallos: 329:518, 07/03/2006, “Reinoso, Luis Alberto”, entre otras.

59 C.S.J.N., “Mazzeo y otros”, sent. cit. en la nota 22.

Posteriormente, la Corte destacó que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Concordemente, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones⁶⁰

Finalmente, en una reciente sentencia el más Alto Tribunal de la República Argentina señaló:

“...en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente “Almonacid”. En efecto, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso” precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana [“Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia” (del 1º de septiembre de 2010, parágrafo 202); “Gómez Lund y otros (“*Guerrilha do Araguaia*”)

60 C.S.J.N., Fallos: 333:1657, 31/08/2010, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo”.

vs. Brasil” (del 24 de noviembre de 2010, párrafo 176) y “*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*” (del 26 de noviembre de 2010, párrafo 225).”

“Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad *ex officio*, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso “*Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*” del 29 de noviembre de 2011)”.

“La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango...”⁶¹

VIII

Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son definitivos e inapelables, y los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes (arts. 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Pese a la claridad de la solución consagrada por el Pacto de San José de Costa Rica, en algunos casos se han planteado controversias respecto al cumplimiento en el ámbito nacional de algunas decisiones de la Corte Interamericana condenatorias del Estado Argentino.

El 28 de noviembre de 2002 la República Argentina fue condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violentar los arts. 8.1 y 25 de la Conven-

61 C.S.J.N., R. 401. XLIII, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino”.

ción Americana sobre Derechos Humanos en relación con el art. 1.1. de la misma en perjuicio de José María Cantos, y aquel tribunal internacional decidió que nuestro país debería abstenerse de cobrar al reclamante la tasa de justicia y la multa por falta de pago oportuno de la misma, fijar en un monto razonable los honorarios determinados en un pleito oportunamente tramitado en el ámbito nacional, asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a todos los peritos y abogados del Estado Nacional y Provincial allí demandados por el Sr. Cantos y establecidos según la pauta precedente, y levantar los embargos, la inhibición general y las demás medidas decretadas sobre los bienes y las actividades comerciales del denunciante para garantizar el pago de la tasa de justicia y los honorarios regulados ⁶²

Ante una presentación del Procurador del Tesoro de la Nación a fin de instrumentar el cumplimiento de la sentencia internacional precitada, nuestro más Alto Tribunal desestimó esa petición invocando -entre otras razones- que el acogimiento de la misma implicaría la vulneración de derechos constitucionales y convencionales de personas que no habrían sido parte en el proceso internacional ⁶³

Con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó nuevamente a la República Argentina por violar los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 7 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter David Bulacio, y los derechos consagrados en los artículos 8

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos vs. Argentina, sentencia de 28 de noviembre de 2002.

63 C.S.J.N., Fallos: 326:2968, Resolución 1404/2003, 21/08/2003, "Cantos, José María" (voto de los jueces Fayt y Moliné O'Connor y voto concurrente del juez Vázquez; los jueces Petracchi y López, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, consideraron que la Corte Suprema carecía de atribuciones para modificar pronunciamientos jurisdiccionales amparados por el atributo de la cosa juzgada).

Los jueces Boggiano y Maqueda votaron en disidencia; el primero de ellos propuso declarar que el Estado Nacional debería abstenerse de perseguir el cobro de la tasa de justicia y la correspondiente multa y asumir el pago de los peritos y profesionales que representaron a los demandados, y dar traslado a los profesionales que no fueron parte en el proceso internacional a fin de evitar la vulneración de sus garantías judiciales y del derecho de propiedad; Maqueda, por su parte, sostuvo que la Corte Suprema debía acatar cabalmente la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el Estado Nacional debería abstenerse de perseguir el cobro de la tasa de justicia y la correspondiente multa y asumir el pago de los peritos y profesionales que representaron a los demandados y disponer la reducción de los honorarios de los profesionales conforme las pautas y criterios indicados en la sentencia del cimero tribunal internacional, y una vez notificadala resolución correspondiente disponer el levantamiento de las medidas cautelares dispuestas.

y 25 también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter David Bulacio y sus familiares, todos en relación con los artículos 1.1 y 2 del citado ordenamiento convencional. Dispuso también que el Estado Nacional investigara y sancionara a los responsables de la muerte de aquél joven ⁶⁴

Con motivo del recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal contra la sentencia de ese tribunal de alzada que había declarado extinguida por prescripción la acción penal contra el imputado de los delitos de que habría sido víctima Walter David Bulacio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación acató cabalmente la sentencia dictada por la Corte Interamericana y dejó sin efecto la mencionada resolución de la Cámara Penal ⁶⁵

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2003.

65 C.S.J.N., “Espósito”, sent. cit. en la nota 46. Para los jueces Petracchi y Zaffaroni, la C.I.D.H. señaló en el caso “Bulacio” que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos; por lo cual la confirmación de la extinción de la causa penal por prescripción resultaría lesiva del derecho reconocido en ese caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado Argentino, sin perjuicio de lo cual los mencionados magistrados no comparten el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de aquella sentencia internacional, teniendo en cuenta que el caso no podría ser alcanzado por las reglas de derecho internacional en materia de imprescriptibilidad. El fallo de la C.I.D.H., añaden Petracchi y Zaffaroni, soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable -íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho-, a través de su subordinación a los derechos del acusador, con fundamento en la constatación de una violación a los derechos humanos en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Americana. Dado que tales restricciones fueron dispuestas por el tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de la Corte Suprema, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional.

Según el voto de los jueces Belluscio y Maqueda, tanto de los términos expresos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como de su contexto se desprende que cuando ese instrumento convencional ha querido asignar carácter obligatorio a las decisiones emanadas de sus órganos de aplicación lo hizo en forma explícita. En este sentido la Convención dispone que “...Los

Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes...” (art. 68.1), por lo que la obligatoriedad del fallo no admite dudas en la medida que el Estado Nacional ha reconocido explícitamente la competencia de ese tribunal internacional al aprobar la citada convención.

En el mismo sentido se expide el juez Boggiano, quien agrega que la obligación de reparar del Estado no se agota en el pago de una indemnización como compensación de los daños ocasionados, sino que también comprende la efectiva investigación y la correspondiente sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos, y que la solución a la que se arriba en materia de prescripción de la acción penal, como parte de aquel deber de reparación, resulta de conformidad con la ley interna, en atención a las circunstancias de la causa, y a las normas de la Convención según la inteligencia que le ha otorgado la Corte Suprema por referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existiendo en este sentido un margen de apreciación razonable de los estados parte respecto al modo de hacer efectivo el deber de investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos.

Para la jueza Highton de Nolasco, la confirmación de la decisión por la cual se declarara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado Argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicable al sub lite las disposiciones comunes relativas a la extinción de la acción penal por prescripción. Agrega la mencionada magistrada que con independencia de que en la decisión de la Corte Interamericana se hayan considerado -entre otros elementos- hechos reconocidos por el gobierno argentino en el marco de un procedimiento del que no participó el acusado, resulta un deber insoslayable de la Corte, como parte del Estado Argentino, y en el marco de su potestad jurisdiccional, cumplir con los deberes impuestos al Estado por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos.

El juez Fayt, si bien adhiere a la solución dada al caso concreto por estimar arbitraria la sentencia recurrida, no considera que los jueces nacionales se encuentren obligados a declarar la imprescriptibilidad en esta causa como derivación de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Bulacio vs. Argentina el 18 de septiembre de 2003, pues la obligación de reparación del Estado comprensiva de la persecución penal de los responsables de las violaciones a los derechos humanos, no implica que en ese deber pueda entenderse incluida la especificación de restricciones a los derechos procesales de los individuos concretamente imputados en una causa penal, como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional. La competencia de los órganos establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos, sin que sean aplicables en ese proceso internacional los principios in dubio pro reo y de presunción de inocencia, propios de los juicios penales. Por otra parte, agrega el mencionado magistrado, en el caso concreto la decisión de la Corte Interamericana es consecuencia de los hechos reconocidos por el Estado Argentino en el marco de un procedimiento en el que el acusado no ha tenido la oportunidad de discutirlos, dada la imposibilidad de ser parte de la contienda; de lo contrario, bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional se llegaría a la inicua -cuanto pa-

El 11 de mayo de 2007 la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a la República Argentina por la violación de los derechos a la integridad personal, garantías judiciales y protección judicial, consagrados en los artículos 5.1, 5.2, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de Juan Francisco Bueno Alves, y por la vulneración del derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 de la citada Convención, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de Tomasa Alves De Lima, Inés María del Carmen Afonso Fernández, Ivonne Miriam Bueno y Verónica Inés Bueno, y de Juan Francisco Bueno ⁶⁶

El 11 de julio de 2007 la Corte Suprema resolvió confirmar la decisión apelada, por la cual se había declarado prescripta la acción penal y, en consecuencia, sobreseído al imputado de los delitos de que habría sido víctima Juan Francisco Bueno Alves. Contra ese pronunciamiento el querellante dedujo aclaratoria para que, en esencia, el Tribunal indique el alcance jurisdiccional de dicha resolución a la luz de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Bueno Alves”. Nuestro más alto Tribunal, calificando el recurso incoado como revocatoria, y considerando el caso encuadrado en los supuestos de excepción en los cuales sus sentencias pueden ser corregidas, acató cabalmente el pronunciamiento internacional precitado, y dejó sin efecto la sentencia cuestionada ⁶⁷

radójica- situación de hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos en los instrumentos cuyo acatamiento se invoca.

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bueno Alves vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007.

67 C.S.J.N., Fallos: 334:1504, 29/11/2011, “Derecho, René Jesús”.

La mayoría estuvo integrada en este caso por los jueces Highton de Nolasco, Petracchi, Zaffaroni y Maqueda. Los tres primeros magistrados se remitieron a los argumentos respectivos expuestos por cada uno de ellos al votar en el caso “Espósito”, sent. cit. en la nota 46.

El juez Maqueda, por su parte, señaló que la sentencia dictada por la C.I.D.H. en el caso “Bueno Alves vs. Argentina”, notificada a la Corte Suprema el 21 de septiembre de 2007, se refería a un conjunto de circunstancias denunciadas por el Sr. Bueno Alves y reconocidas por el Estado Argentino, que fueron objeto de investigación en diversos procesos judiciales en el orden interno, entre los que se incluía la causa cuyo incidente por prescripción de la acción penal tramitaba ante el Supremo Tribunal Federal. La C.I.D.H. consideró que los hechos denunciados en la instancia internacional constituían un caso de torturas, y que si bien “no significaban que debían ser calificados ‘per se’ como delito de lesa humanidad”, si se trataban de una vulneración grave de derechos humanos, y

dispuso que el Estado Argentino debía realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea. En cuanto al alcance del deber estadual de investigar, la C.I.D.H. precisó que resulta imperativo y que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por acto o disposiciones normativas internas de ninguna índole, entre los que se encuentra la prescripción. De no ser así -añade la C.I.D.H.- se negaría el efecto útil de las disposiciones de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes, y se estaría privando al procedimiento internacional de su propósito básico, por cuanto, en vez de propiciar la justicia, traería consigo la impunidad de los responsables de la violación. Cuando la C.I.D.H. ha dado otro alcance a la responsabilidad estadual ha sido categórica (conf. “Alban Cornejo y otros vs. Ecuador”, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 22 de noviembre de 2007 y de Interpretación del 5 de agosto de 2008). Agrega el juez Maqueda que la exégesis del deber de investigar impuesto en el pronunciamiento internacional debe efectuarse en el marco del art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), decisión de carácter obligatorio. Concluye el mencionado magistrado que el deber de cumplimiento corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como lo dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida; razón por la cual la Corte Suprema, como uno de los poderes del Estado Argentino, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional que impone la obligación de investigar, que si bien es de medios, importa una tarea seria y eficaz, máxime si se tiene en cuenta las especiales circunstancias detalladas por la Corte Interamericana en cuanto al proceso judicial llevado adelante en nuestro país.

Según el voto de los jueces Fayt y Argibay, la condena de la Corte Interamericana ha recaído exclusivamente sobre el Estado Argentino y comprende no sólo el pago de una indemnización sino además la obligación de adoptar todas las medidas que resulten procedentes y necesarias para garantizar a la víctima el pleno goce de sus derechos, pero no puede implicar (y tampoco lo ha indicado específicamente la Corte Interamericana en su sentencia) que la Corte Suprema deba dejar sin efecto una decisión judicial que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y por la que, en virtud de reglas jurídicas vigentes y de aplicación general, se ha declarado la prescripción de la acción penal con respecto al delito atribuido al imputado en esta causa. Si bien está fuera de discusión el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana, aceptar que ello tenga consecuencias como las pretendidas por el recurrente implicaría asumir que el cimero tribunal americano puede decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo en concreto, que no ha sido parte en el proceso internacional y respecto del cual el tribunal interamericano no declaró, ni pudo declarar, su responsabilidad. En tales condiciones, una decisión como la pretendida implicaría una afectación al derecho de defensa del imputado, colocaría al Estado Argentino en la paradójica situación de cumplir con sus obligaciones internacionales a costa de una nueva afectación de derechos y garantías individuales reconocidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos que la integran, y contradiría la regla del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe interpretar sus normas de modo tal que impliquen la supresión del ejercicio de los derechos por ella reconocidos o su limitación

IX

La alusión al control de convencionalidad en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica parte de una serie de votos concurrentes razonados del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos García Ramírez⁶⁸

En una primera etapa existía el control de convencionalidad (aunque no se le llamase así) realizado por la misma Corte Interamericana, tribunal que consideraba inválidas normas del derecho nacional opuestas a la Convención Americana. En el caso “La última tentación de Cristo”, por ejemplo, reputó violatoria del Pacto a una cláusula de la Constitución de Chile en materia de censura televisiva y exigió su reforma, cosa que finalmente ocurrió. A esta variable se la llama control inter (o supra) nacional de convencionalidad, o “desde arriba”⁶⁹

A partir del Caso “Almonacid Arellano”, cuya doctrina fue aplicada por nuestro Supremo Tribunal Federal desde la sentencia dictada en la causa “Mazzeo”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en pleno comienza a requerir a los jueces y tribunales nacionales que dejen de aplicar, ellos mismos, las normas locales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, y a su propia jurisprudencia. Tal es

más allá de lo fijado en dicha norma convencional o, también, la limitación del goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de un Estado. Por otra parte -concluyen los jueces Fayt y Argibay-, lo que la Corte Interamericana ha entendido inadmisibles en el caso son las disposiciones de prescripción dictadas específicamente con la intención de impedir la investigación de violaciones a los derechos humanos y la sanción de sus responsables, idea que no puede extenderse a previsiones generales de extinción de la acción penal por prescripción aplicables a cualquier caso en que se investigue la comisión de un delito común.

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 27); Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004 (voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 3 y 4) y Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006 (voto concurrente razonado el juez García Ramírez). Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, Estudios constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, p. 110, 113 y 114.

69 Sagüés, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 381/382, www.juridicas.unam.mx. Última consulta: 02/11/2013.

el control de convencionalidad denominado “nacional”, “desde abajo” o “externo” (respecto del Estado Nacional) ⁷⁰

El precedente anterior fue reiterado con ciertos matices, dos meses después, en el Caso “Trabajadores Cesados del Congreso”, donde se precisa el control de convencionalidad en dos aspectos: a)procede de oficio sin necesidad de que las partes lo soliciten y b)debe ejercerse dentro del marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia ⁷¹

Como observa acertadamente Hitters, en ese caso la Corte Interamericana no habló ya de “una especie” de control, sino que directamente lo calificó como “control de convencionalidad”, lo que hizo presumir en ese momento que dicha terminología quedó anclada en los andariveles de ese cuerpo ⁷²

En el Caso “Trabajadores Cesados del Congreso” el entonces presidente de la Corte Interamericana, juez García Ramírez, realizó interesantes aportes respecto al alcance de la institución precitada.

Puesto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Estatuto de la Corte Interamericana -ambos,producto de la voluntad normativa de los Estados Americanos que los emitieron-confieren a la Corte la función de interpretar y aplicar la Convención Americana (y,en su caso y espacio, otros tratados: protocolos y convenciones que prevén, conmúltiples fórmulas, la misma atribución dentro del corpus juris de derechoshumanos), incumbe a ese tribunal fijar el sentido y alcance de las normas contenidasen esos ordenamientos internacionales.

Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares omillares de casos sobre un solo tema convencional. La únicaposibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación yaplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: através de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficaciaa los pronunciamientos de la Corte constituida merced a la voluntadsobrana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitasen sus constituciones nacionales y en sus compromisos convencionalesinternacionales.

70 Sagües, ob. cit. en la nota 68, p. 382.

71 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

72 Hitters, ob. cit. en la nota 67, p. 116.

La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar, a cuyo fin es preciso alentar la conexión expresa y suficiente -que resuelva colisiones y supere problemas de interpretación, que finalmente pueden significar incertidumbre o merma en el estatuto de derechos y libertades personales- entre el orden interno y el orden internacional. Diversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que “tienden el puente” entre ambos órdenes y a la postre benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano. Así sucede cuando un texto supremo otorga el más alto valor a los tratados internacionales sobre derechos humanos o cuando advierte que prevalecerá, en caso de diferencia o discrepancia, la norma que contenga mayores garantías o más amplios derechos para las personas.

Este “control de convencionalidad” puede tener carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos⁷³

En el Caso “Trabajadores Cesados del Congreso” el juez Cançado Trindade también realizó un excelente análisis.

En lo sustancial el mencionado jurista brasileño sostiene que a partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de “internacionalización” del derecho constitucional, y más recientemente, en las dos últimas décadas, de “constitucionalización” del Derecho Internacional.

Una y otra corrientes de pensamiento fomentaron una mayor cohesión en el ordenamiento jurídico, y ambas una mayor interacción entre los ordenamientos jurídicos internacional e interno en la protección de los derechos humanos.

En el plano internacional propiamente dicho, los tratados de derechos humanos tienen una dimensión “constitucional”, no en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el derecho interno, que de todos modos está rehén de lo que determinan las constituciones nacionales proyectándose ahí con variaciones al orden internacional, sino más bien en el sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano internacional, un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos.

73 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sent. cit. en la nota 70 (voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 7/12).

La “constitucionalización” del Derecho Internacional es mucho más significativa que la atomizada y variable “internacionalización” del Derecho Constitucional. El artículo 2 de la Convención Americana, en virtud del cual los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana, abre efectivamente la posibilidad de un “control de convencionalidad”, con miras a determinar si los Estados Partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la citada convención, así como la de su artículo 1.1.

De ese modo, se puede alcanzar un orden público internacional con mayor cohesión y respeto a los derechos humanos. La “constitucionalización” de los tratados de derechos humanos acompaña, así, *pari passu*, el control de su convencionalidad. Y este último puede ser ejercido por los jueces de tribunales tanto nacionales como internacionales, dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección⁷⁴

Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina⁷⁵, lo que permite detectar, en palabras de Néstor Sagüés, la existencia de un derecho proce-

74 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sent. cit. en la nota 70 (voto concurrente razonado del juez Cançado Trindade, párr. 2 y 3), y sentencia de 30 de noviembre de 2007 (solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas) (voto disidente del juez Cançado Trindade, párr. 6, 7, 9 y 10).

75 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 173; Caso Boyce y otros vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 78; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 180; Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, sentencia de 26 de mayo de 2010, párr. 208 y nota 307; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 311; Caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia de 1º de septiembre de 2010, párr. 202; Caso Vélez Looor vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 287; Caso Gómez Lund y otros (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 176; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225; Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 193; Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, sentencia de 1º de julio de 2011, párr. 164; Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentencia de 1º de septiembre de 2011, párr. 226; Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011, párr. 93; Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 282; Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 303;

sal transnacional consuetudinario, afirmativo del control de convencionalidad en el sistema interamericano ⁷⁶

La doctrina de *marras* también ha sido motivo de profundas reflexiones por parte del entonces juez *ad hoc* Figueiredo Caldas en el Caso “Gómez Lund y otros” ⁷⁷

En el universo de sentencias del tribunal interamericano que tratan el fundamento y el alcance del control de convencionalidad, algunas de ellas constituyen hitos relevantes, y merecen ser destacadas especialmente.

Así, en el caso “Cabrera García y Montiel Flores”, la Corte Interamericana señala especialmente que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y la Corte Constitucional de Colombia se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por el cimero tribunal americano ⁷⁸

En el mismo caso el voto concurrente razonado del juez Ferrer Mac-Gregor efectúa un pormenorizado estudio de la institución antedicha, cuyos tramos más relevantes expondremos seguidamente.

El control de convencionalidad debe ser ejercido por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón a los Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana.

Se trata de un control difuso de constitucionalidad, debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales; por lo que existe una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo

Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 262; Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 330; Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 142;

76 Sagüés, Néstor, *ob. cit.* en la nota 68, p. 383.

77 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gómez Lund y otros (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. Brasil, *sent. cit.* en la nota 74 (voto concurrente razonado del juez *ad hoc* Figueiredo Caldas, párr. 4/6).

78 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cabrera García y Montiel Flores”, *sent. cit.* en la nota 74, párr. 226/232.

del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las “garantías” y “órganos” internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.

El control difuso de convencionalidad convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que interpreta dicha normatividad. De ahí que tenga la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió.

Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos.

El desarrollo de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales, que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales. Se forma un auténtico “bloque de constitucionalidad”, que si bien varía de país en país, la tendencia es considerar dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana. Así, en algunas ocasiones el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que al realizar el “control de constitucionalidad” también se efectúa el “control de convencionalidad”.

La Corte Interamericana crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” advirtiendo la tendencia de la “constitucionalización” o, si se prefiere, “nacionalización” del derecho internacional de los derechos humanos y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento “hermenéutico” y

de “control” de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte Interamericana recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad”.

A su vez, varias altas jurisdicciones nacionales incorporaron los parámetros del “control difuso de convencionalidad” debido al reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a partir de la creación de dicha doctrina en el año 2006. Especial mención merece el trascendental precedente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina del año 2007 en el caso “Mazzeo”, donde expresa el deber del Poder Judicial local de ejercer el “control de convencionalidad”, reproduciendo prácticamente lo expresado por la Corte Interamericana en el caso “Almonacid Arellano”.

Se produce, entonces, un interesante influjo entre la Corte Interamericana y las jurisdicciones nacionales que propicia el “diálogo jurisprudencial”, que incide en la articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en Latinoamérica.

El hecho de que los jueces deban realizar de oficio el control de convencionalidad “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” debe interpretarse como una manera de graduar la intensidad de ese control, debido a que el mismo no implica optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una “interpretación convencional” de la norma nacional.

Así, en los sistemas “difusos” de control de constitucionalidad, el grado de “control de convencionalidad” resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de dejar de aplicar la norma inconvencional.

En cambio, en aquellos sistemas donde no se permite el “control difuso de constitucionalidad”, los jueces no tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto, por lo cual ejercerán el “control difuso de convencionalidad” con menor intensidad, debiendo realizar una “interpretación convencional” de la norma nacional, es decir, una “interpretación conforme”, no sólo de la Constitución Nacional, sino también de la Convención Americana y de la jurisprudencia convencional, interpretación que requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine* previsto en el art. 29 de la Convención

Americana, pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable en caso de aplicabilidad de dicha convención y otros tratados, convenios, resoluciones y declaraciones internacionales sobre derechos humanos.

En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista “interpretación convencional” posible, si el juez carece de facultades para dejar de aplicar la norma nacional, se limitará a señalar la inconventionalidad de la misma o, en su caso, “plantear la duda de inconventionalidad” ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del sistema jurídico nacional que puedan ejercer el “control de convencionalidad” con mayor intensidad.

El juez nacional debe aplicar la jurisprudencia convencional emanada de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en los casos contenciosos y de las demás resoluciones que emita este Tribunal, incluidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre las “medidas provisionales”, sobre “supervisión de cumplimiento de sentencias” y sobre la instancia de “interpretación de la sentencia” en los términos del art. 67 de la Convención Americana, comprendidos los asuntos donde no sea parte el Estado Nacional al que pertenece el magistrado.

El art. 68.1 del Pacto de San José de Costa Rica no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte Interamericana adquiera eficacia en todos los Estados Nacionales que han reconocido su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”, ya que al ser la Corte el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional. Las interpretaciones que realiza la Corte Interamericana se proyectan hacia dos dimensiones: a) en lograr su eficacia en el caso particular, con efectos subjetivos y b) en establecer la eficacia general con efectos de norma interpretada. De ahí la lógica y la necesidad de que el fallo, además de notificarse a las partes en el caso, deba también ser transmitido a los Estados Partes en la Convención (conf. art. 69 de la Convención Americana), para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte Interamericana en su calidad de intérprete última del corpus juris interamericano.

Los principios de derecho internacional relativos a la Buena Fe y al Effet Utile, que involucra a su vez al principio Pacta Sunt Servanda, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de

los Estados Nacionales, y han sido constantemente reiterados por la Corte Interamericana, sea en la instancia consultiva, como en los casos contenciosos⁷⁹

El cimero tribunal interamericano ha establecido en la Opinión Consultiva 14/94 los alcances interpretativos de los arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y consideró a tal efecto que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, y también a adecuar la normatividad inconventional existente, fundamentando que descansa en un principio general de derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de buena fe, y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸⁰

En los Casos “Masacres de Río Negro” y “Gudiel Álvarez y otros”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos menciona expresamente al ministerio público entre los jueces y órganos nacionales vinculados a la administración de justicia que deben ejercer de oficio el “control de convencionalidad”⁸¹

Finalmente, merece ser especialmente destacada la doctrina fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la reciente resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso “Gelman”, cuyos aspectos más relevantes son los siguientes.

Una vez que la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre el fondo y las reparaciones en un caso que fue sometido a su conocimiento, resulta necesario que el Estado observe las normas de la Convención que se refieren al cumplimiento de esa sentencia (arts. 67 y 68.1).

79 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cabrera García y Montiel Flores”, sent. cit. en la nota 74 (voto concurrente razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 20/21, 24, 26, 29/31, 35/39, 49, 59 y 63).

80 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva, OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, citada por el juez Ferrer Mac-Gregor en el voto concurrente razonado mencionado en la nota 78.

81 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Masacres de Río Negro”, sent. cit. en la nota 74, párr. 262 y Caso “Gudiel Álvarez y otros”, sent. cit. en la nota 74, párr. 330.

Puesto que la parte resolutive de sus sentencias debe ser cumplida, cuando la misma refiere expresa y directamente a la parte considerativa de las mismas, el razonamiento de la Corte es claramente parte integrante de la sentencia, a lo cual el Estado concernido también queda obligado a dar pleno cumplimiento, teniendo en cuenta que a tenor de lo dispuesto en los arts. 66 a 69 de la Convención Americana el fallo constituye un todo o una unidad.

Existen dos manifestaciones de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad.

En relación con la primera, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de dicho tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. En este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia.

Respecto de la segunda manifestación, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

La concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio, llamado también de “subsidiarie-

dad”, informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De ahí que el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano.

Lo anterior significa que se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte Interamericana muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.

En este contexto, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquellos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos en forma complementaria ⁸²

En el mismo caso el voto concurrente razonado del juez Ferrer Mac-Gregor contiene un profundo estudio de la cuestión, cuyos aspectos más destacados expondremos a continuación.

Al producirse la “autoridad de la cosa juzgada internacional” (producto de la firmeza del fallo) deviene la “inmutabilidad” de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto acto procesal y en cuanto a su

82 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay, resolución de 20 de marzo de 2013 de supervisión del cumplimiento de sentencia, párr. 61, 62, 67, 68, 69, 70, 71 y 87.

contenido o substancia y sobre todos sus efectos. Así, la cosa juzgada internacional (formal y material) implica que ningún otro tribunal internacional o nacional -incluso la propia CIDH- en otro juicio posterior, puede volver a pronunciarse sobre el objeto del proceso. Esta institución descansa en los principios generales del derecho de seguridad jurídica y de paz social, al permitir certeza a las partes -y a la sociedad en su conjunto-, al evitar que el conflicto se prolongue indefinidamente, elementos contenidos en los arts. 67 y 68 del Pacto de San José de Costa Rica para coadyuvar al establecimiento de un orden público interamericano.

La sentencia interamericana, en tanto adquiere la autoridad de la cosa juzgada internacional, despliega los contenidos y efectos de la sentencia en dos dimensiones: a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional (res judicata); y b) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la Convención Americana (res interpretata).

En el segundo supuesto se produce una eficacia erga omnes hacia todos los Estados Partes de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculadas a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte Interamericana, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los arts. 1º y 2º de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que el fallo sea notificado, no sólo “a las partes en el caso”, sino también “transmitido a los Estados partes en la Convención” en términos del art. 69 del Pacto de San José de Costa Rica.

La proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia hacia todos los Estados Partes que han suscripto y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, consiste en la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la “norma convencional interpretada” (res interpretata); es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José de Costa Rica y, en general al corpus juris interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional.

La eficacia interpretativa de la norma convencional debe entenderse como la posibilidad de lograr una efectividad regional estándar mínima de la Convención Americana para ser aplicable por todas las autoridades en el ámbito nacional. Lo

anterior se deriva de los arts. 1.1 y 2 del propio Pacto de San José, en virtud de que existe la obligación de los Estados Partes de “respetar” y “garantizar” los derechos y libertades, así como la obligación de “adecuación” -normativa e interpretativa- para lograr la efectividad de los derechos y libertades cuando no están garantizados. Esta última obligación de los Estados Partes es de singular importancia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y constituye uno de los aspectos fundamentales que lo distingue del Sistema Europeo.

En efecto, el art. 2º de la Convención Americana, que se inspira en el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y también recoge el art. 2º del Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, no es una obligación implícita de las de “respeto” y “garantía” previstas en el art. 1º de la propia Convención, sino una obligación específica que complementa aquéllas. La obligación del art. 2º es adicional, y se suma a la impuesta por el art. 1º, por eso complementa, pero no sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta de esta última norma.

Así, la expresión “o de otro carácter” contenida en la obligación convencional del art. 2º, implica cualquier medida en la que se incluyen, evidentemente, las “interpretaciones” que las autoridades y especialmente los jueces realizan al Pacto de San José para “hacer efectivos” los derechos y libertades del Pacto, que están obligados a respetar y garantizar en los términos del art. 1.1.

Por tanto, si una interpretación constitucional o legal en el ámbito interno no se ajusta al estándar interpretativo establecido por la Corte Interamericana para otorgar un mínimo de efectividad a la Convención Americana, existe un incumplimiento de la obligación de “adecuación” previsto en el art. 2º del Pacto, es decir, al existir una inadecuada actuación interna con la Convención; en cuanto limita la efectividad de la norma convencional al realizar una interpretación de menores alcances a la realizada por el Tribunal Interamericano, lo cual, además, prohíbe su art. 29.b.

En todo caso, las autoridades nacionales, incluidos los jueces, pueden válidamente ampliar la eficacia de la norma convencional a través de la interpretación más favorable en aplicación del principio *pro persona*, que además obliga al Estado en virtud de lo establecido en el mentado art. 29.b.

En efecto, la eficacia interpretativa de la norma convencional, al constituir un estándar mínimo de aplicabilidad nacional constituye una pauta hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos; de tal manera que pueden las autoridades nacionales (administrativas, legislativas o

jurisdiccionales) de los Estados Partes de la Convención, eventualmente apartarse del criterio interpretativo de la Corte Interamericana cuando se realice de manera razonada y fundada una interpretación que permita lograr un mayor grado de efectividad de la norma convencional a través de una interpretación más favorable de la “jurisprudencia interamericana” sobre el derecho humano en cuestión. Incluso, las autoridades nacionales pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego en términos del art. 29 de la Convención Americana.

En ese sentido, existe un “margen interpretativo nacional” que pueden realizar las autoridades para favorecer con la interpretación nacional la efectividad del derecho o libertad fundamental, siempre y cuando sea para potenciar la efectividad de la norma convencional.

La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes. Dicha noción de garantía colectiva se encuentra estrechamente relacionada con el efecto útil de las sentencias de la Corte Interamericana, por cuanto la Convención Americana consagra un sistema que constituye un verdadero orden público regional, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados Partes. El interés de los estados signatarios es el mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos han creado, y si un Estado viola su obligación de acatar lo resuelto por la Corte Interamericana se está quebrantando el compromiso asumido hacia los otros Estados de cumplir con las sentencias de ese tribunal.

Todo lo dicho está produciendo un nuevo entendimiento del Sistema de Protección de los Derechos Humanos al concebirse ahora como un “sistema integrado”, debido a que involucra no sólo a los dos órganos de protección a que se refiere la Convención Americana -Comisión y Corte IDH-, sino que ahora comprende con particular intensidad y de manera concomitante a todas las autoridades nacionales de los Estados Partes del Pacto de San José, al deber participar activamente en la garantía efectiva de los derechos humanos, sea en su dimensión nacional o internacional a manera de un “sistema integrado” de protección de derechos.

En definitiva, transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” -con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario-, lo que está for-

jando un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región ⁸³

El principio *pro homine* o *pro persona* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre ⁸⁴

En el mismo sentido, nuestro más Alto Tribunal, en distintos precedentes laborales, destaca que el principio *pro homine* determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana, y censura toda exégesis restrictiva, pauta que se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. Desde esta perspectiva, corresponde descartar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contraría la jurisprudencia de la Corte concordante con la doctrina universal: el “principio de favorabilidad” ⁸⁵

Recientemente, en un caso laboral la Corte Suprema ratificó y profundizó dicha doctrina en los siguientes términos:

“...un principio que “informa todo el derecho de los derechos humanos” y resulta “connatural” con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...Se trata...del principio *pro homine* o *pro persona*, y en sus dos principales manifestaciones en materia de hermenéutica jurídica. Primeramente, la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías (v.gr., Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28-8-2002, Serie A N° 17, párr. 21). Y, en segundo lugar, la que impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata

83 Corte Interamericana de Derechos Humanos, res. cit. en la nota 81 (voto concurrente razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 20/21, 24, 26, 29/31, 35/39, 49, 59, 63, 69, 72, 77, 99 y 100).

84 Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú y Courtis, ob. cit. en la nota 17, p. 163.

85 C.S.J.N., “Madorrán c/A.N.A.”, sent. cit. en la nota 35; “Ascuá c/Somisa”, sent. cit. en la nota 40 y “Álvarez y otros c/Cencosud”, sent. cit. en la nota 10.

es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas (v.gr., ídem, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9-5-1986, Serie A N° 6, párr. 31). Este último aspecto se explica, desde luego, pues en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (ídem, párr. 21). Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten...”⁸⁶

Un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar⁸⁷

En el caso específico de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Corte Interamericana considera que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinararlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración. La evolución del derecho americano en la materia, es una expresión regional de la experimentada por el Derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el Derecho Internacional clásico. Es así como, por ejemplo, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación erga omnes⁸⁸

La Corte Interamericana ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos,

86 C.S.J.N., “Asociación de Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26.

87 Corte Internacional de Justicia, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 a 31, cit. por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, párr. 37)

88 Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. cit. en la nota 86, párr. 37 y 38).

cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁸⁹

Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹⁰

Esta evolución, como destaca Cançado Trindade, es reflejo de un fenómeno más profundo: la propia normativa internacional de protección es concebida, se desarrolla y se aplica impulsada por las nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos⁹¹

El art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prescribe:

“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin...”

En tal sentido, constituye criterio hermenéutico del cimerio tribunal americano que las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos⁹²

89 Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 106 y Caso Atala Riffo y Niñas, sent. cit. en la nota 74, párr. 83. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Tyrer v. Reino Unido, (No. 5856/72), sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

90 Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. cit. en la nota 88, 114; Caso de la Masacre de Mapiripán, sent. cit. en la nota 88, párr. 106 y Caso Atala Riffo y Niñas, sent. cit. en la nota 74, párr. 83.

91 Cançado Trindade, Antônio Augusto, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume II, 2ª Edição Revista e Atualizada, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2003, p. 186.

92 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 178.

Tanto los principios de interpretación consagrados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como los resultantes del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, correctamente entendidos sobre todo a la luz del Derecho de los Derechos Humanos, fundamentan la aplicación de criterios de interpretación e inclusive de integración principistas, finalistas y extensivos en orden a la mayor protección de los derechos consagrados. Esos criterios apuntan también a la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la Convención Americana utilizando los principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos, todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la Convención Americana por virtud del art. 29.

Los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, convertida en derecho legislado por los arts. 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; el segundo, en función de los derechos económicos, sociales y culturales⁹³.

Principios similares a los resultantes del art. 29 de la Convención Americana son consagrados en los arts. 5.2 y 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5.2 y 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De conformidad con el art. 29.b) de la Convención Americana, si alguna ley otorga una mayor protección o regula con mayor protección el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, se deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos y libertades fundamentales.

93 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 (voto separado del juez Rodolfo E. Piza E., párr. 2 y 3).

En consecuencia, si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos internacionales, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce ⁹⁴

Como afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.

El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

Esta obligación estatal encuentra su asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores⁹⁵

Agrega el cintero tribunal americano que son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional y la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio

94 Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párr. 52.

95 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 147/149.

para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente ⁹⁶

De conformidad con los criterios expuestos precedentemente, en materia laboral rige el principio de interpretación y aplicación de la norma más favorable al trabajador, independientemente si la norma es interna o internacional, o si la interpretación es postulada por un tribunal nacional o un tribunal internacional u organismo de igual jerarquía encargados de la interpretación y aplicación de la norma internacional pertinente.

En el caso de concurrencia de normas (internacionales, o internacionales y nacionales) de diferente jerarquía para el plano interno, el principio pro persona igualmente reclama escoger la norma más protectoria, aun cuando ello conduzca a dar preferencia a la inferior en el orden jerárquico; de ahí la irrelevancia, a los presentes fines, por ejemplo, de que los Convenios de la OIT, para el art. 75, inc. 22, párr. 1º de la Constitución Nacional, tengan jerarquía suprallegal pero no constitucional ⁹⁷, salvo el Convenio 87 que, por las razones expuestas precedentemente, ostenta este último rango (ver cap. III, últimos tres párrafos).

El criterio de la “norma más favorable a las personas protegidas”, como lo denomina Cançado Trindade, contribuye a: 1) reducir o minimizar considerablemente las pretendidas “posibilidades” de conflictos entre instrumentos legales en sus aspectos normativos; 2) obtener mayor coordinación entre tales instrumentos, tanto en la dimensión vertical (tratados y derecho interno), cuanto en la horizontal (dos o más tratados) y 3) demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos -garantizando los mismos derechos- sólo tienen el sentido de ampliar y fortalecer la protección. Lo que importa en última instancia es el grado de eficacia de la protección, y por consiguiente prevalecerá la norma que en el caso concreto proteja mejor, sea del derecho internacional o del derecho interno ⁹⁸

96 Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. cit. en la nota 94, párr. 156.

97 Gialdino, ob. cit. en la nota 1, p. 116.

98 Cançado Trindade, ob. cit. en la nota 90, Volume I, p. 544/545. Agrega el mencionado autor que el criterio de primacía de la disposición más favorable a las víctimas era aplicado a fines de la década de 1950 por la Comisión Europea de Derechos Humanos (petición n° 253/56, de 1958-1959), y

Como observa lúcidamente Gialdino, el principio pro persona da fundamento a una singular consecuencia en el terreno de la superposición normativa, con arreglo a la cual no sería preciso elegir una cláusula y rechazar otra, sino combinar las dos a fin de reconstruir globalmente los derechos de los que la persona es titular. El problema, en dichos supuestos, no es la determinación de cuál protección debe prevalecer, sino el de armonizar los dos estándares de protección que pueden ser aplicados de manera acumulativa ⁹⁹

El control de convencionalidad puede tener dos resultados:

1) Ser represivo o destructivo, en cuyo supuesto si la norma nacional es contraria al estándar mínimo de protección fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o al mayor contenido protectorio determinado por el juez nacional, este último la declarará inconvencional e inaplicable al caso concreto.

2) Ser positivo o constructivo, en cuyo supuesto el juez nacional debe aplicar el derecho nacional de acuerdo con los estándares precitados, realizando una interpretación conforme a los mismos ¹⁰⁰

Este último criterio hermenéutico es compatible con reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de la cual la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales, sino que requiere del intérprete la búsqueda de la significación jurídica o de los preceptos aplicables que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la investigación judicial de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes ¹⁰¹

El razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas o de interpretación de la ley ¹⁰²

recibió el reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

99 Gialdino, ob. cit. en la nota 1, p. 116/117 y autores citados en su nota 275.

100 Sagüés, Néstor Pedro, ob. cit. en la nota 68, p. 384/5.

101 C.S.J.N., Fallos: 253:267, año 1962, "Fromageries Bel S.A. c/Ivaldi, Enrique", entre otros.

102 C.S.J.N., Fallos: 329:646, 21/03/2006, "Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/V.I.C.O.V. S.A." (voto del juez Lorenzetti).

El control de constitucionalidad de las leyes que compete a todos los jueces y, de manera especial, a la Corte Suprema, en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, no se limita a la función en cierta forma negativa, de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permite ¹⁰³

Desde esa perspectiva, además de la interpretación de las leyes nacionales con fecundo y auténtico sentido constitucional, los jueces también pueden y deben realizar una interpretación con sentido convencional.

X

El art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe:

“1.Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo 10 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.

“2.La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

Si bien la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que sus opiniones consultivas no tienen el carácter vinculante de las sentencias en los casos contenciosos, sí ostentan -añade el cimero tribunal americano- efectos jurídicos innegables ¹⁰⁴

Cabe preguntarse entonces cuáles son esos efectos jurídicos innegables.

Tempranamente, advirtió la Corte Interamericana que el artículo 64 de la Convención le confiere la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribu-

103 C.S.J.N., Fallos: 308:647, 20/04/1986, “Municipalidad de Laprida c/Universidad de Buenos Aires-Facultad de Ingeniería y Medicina” y “Pellicori c/Colegio Público de Abogados”, sent. cit. en la nota 10.

104 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, párr. 33.

nal internacional alguno hasta el presente, y que dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos ¹⁰⁵

Con posterioridad, el alto Tribunal regional destacó reiteradamente el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo, y señaló que esta función constituye un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales sobre derechos humanos, con lo cual se auxilia a los Estados y órganos en la aplicación de tratados relativos a derechos humanos, sin someterlos al formalismo y a las sanciones inherentes al proceso contencioso ¹⁰⁶

Agregó, además, que en el ejercicio de su función consultiva, la Corte actúa en su condición de Tribunal de derechos humanos, y no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, que la opinión consultiva no constituye una mera especulación académica y que el interés en la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos y al fortalecimiento de la conciencia jurídica universal ¹⁰⁷

En una reciente opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que es evidente que tiene competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquéllas de carácter procesal, y que es el organismo más apropiado para hacerlo, por ser “intérprete última de la convención americana” ¹⁰⁸

105 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, párr. 14 y 25.

106 Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. cit. en la nota 88, párr. 64; op. cons. citada en la nota 94, párr. 64; op. cons. cit. en la nota 103, párr. 34 y Control de Legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005, párr. 18.

107 Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. cit. en la nota 88, párr. 49; op. cons. cit. en la nota 103, párr. 35 y op. cons. cit. en la nota 94, párr. 63 y 65.

108 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, párr. 18. Cabe destacar especialmente que en la cita pertinente, la Corte invocó los precedentes “Almonacid

Si bien el juez Ferrer Mac-Gregor planteó este año que la Corte Interamericana debería reflexionar en el futuro acerca de si la “norma interpretada” alcanza eficacia erga omnes más allá de los “casos contenciosos”, por ejemplo en las “opiniones consultivas” donde no realiza una función “jurisdiccional” en sentido estricto ¹⁰⁹, los argumentos del alto Tribunal expuestos en los tres párrafos que anteceden, en especial el último, tornan consistente la opinión de destacados autores según la cual las opiniones consultivas de la Corte Interamericana tendrían efectos jurídicos vinculantes.

Así, Faúndez Ledesma, luego de criticar el término “opiniones consultivas”, expresa que éstas no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que no se puede eludir por los Estados Partes en la misma. Afirma que en las opiniones sobre el inciso primero del artículo 64 la Corte emitiría un dictamen de carácter vinculante por emanar del órgano judicial al que se le ha encomendado la interpretación autorizada de la Convención; y que sólo cuando se le consulte sobre la compatibilidad de la legislación interna de un Estado con la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos la Corte emitiría propiamente una “opinión consultiva”, que de todas maneras sería vinculante si quien la solicita es un Estado parte en la Convención. Por último, Faúndez Ledesma concluye que si quien solicita la consulta es un Estado de la OEA que no ha ratificado la Convención, para el momento en que aquel Estado decidiera ratificar la Convención estaría obligado a ajustar su legislación interna a los términos de la opinión emitida previamente por la Corte ¹¹⁰.

En sentido coincidente, para Salvioli una interpretación pro homine del sistema interamericano de derechos humanos no puede sino concluir que las decisiones y resoluciones tomadas por los órganos encargados de aplicar la Convención Americana u otros instrumentos de protección de los derechos humanos revisten el carácter de obligatorias y vinculantes para los Estados miembros de la Organización de los

Arellano” y “La Cantuta” en lo referido al control de convencionalidad (ver nota 15 de la opinión consultiva mencionada).

109 Corte Interamericana de Derechos Humanos, res. cit. en la nota 81 (voto concurrente razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 59).

110 Faúndez Ledesma, Héctor, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales”, 2ª edición, p. 603/610, Edit. IIDH, San José de Costa Rica, 1999. En el mismo sentido se pronuncia Gialdino, ob. cit. en la nota 1, p. 352.

Estados Americanos; más aún cuando se trata de un órgano jurisdiccional como la Corte Interamericana en cualquiera de las funciones que la convención le asigna ¹¹¹

Corrobora la tesis expuesta, el hecho de que la propia Corte Interamericana ha invocado reiteradamente los criterios fijados en distintas opiniones consultivas para fundar decisiones emitidas en casos contenciosos, por lo cual la doctrina allí establecida adquiere carácter vinculante a través de los efectos de la cosa juzgada y de la cosa interpretada derivados de estas últimas, según lo expuesto en el capítulo IX ¹¹²

Cabe señalar que, al ejercer la función consultiva, la Corte Interamericana también actúa como último intérprete del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en ese sentido, sus argumentos plantean estándares mínimos que debenser tenidos en cuenta por los poderes de los Estados Nacionales, incluidos los jueces, para prevenir y garantizar la protección de los derechos reconocidos en los instrumentos de aquel sistema, máxime que a través de dicha función el cimero tribunal americano realiza una actividad de puro derecho, por lo cual expone razones relevantes para la construcción de los estándares precitados, sin perjuicio de la posibilidad de los órganos locales de realizar una interpretación más favorable a la persona titular del derecho que en materia laboral es el trabajador.

En varios casos laborales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación invocó opiniones consultivas de la Corte Interamericana para decidir las cuestiones planteadas.

En el caso “Aerolíneas Argentinas S.A.”, donde se plantearon cuestiones relativas al contenido y alcance de la inspección del trabajo, al más Alto Tribunal argentino aplicó las OC-17/02 Y 18/03 ¹¹³

En el caso “Pérez c/Disco”, donde el actor cuestionaba una norma de la Ley de Contrato de Trabajo que calificaba como “beneficios sociales”, prestaciones que, para el Supremo Tribunal Federal, resultaron salariales a la luz de normas de je-

111 Salvioli, Fabián, “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial”, en “Homenaje y reconocimiento a Antônio Cançado Trindade”, T. III, p. 470, Ed. Sergio Fabris, Brasilia, Brasil, 2004.

112 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 137 y 138 (invoca la opinión consultiva OC-04/84); Caso Bueno Alves, sent. cit. en la nota 65, párr. 116 (invoca la opinión consultiva OC-16/99); Caso Vélez Loo, sent. cit. en la nota 74, párr. 97 (invoca la opinión consultiva OC-18/03); Caso Atala Riffo y Niñas, sent. cit. en la nota 74, párr. 79 y 82/85 (invoca las opiniones consultivas OC-4/84, OC-5/85, OC-16/99 y OC-18/03), entre muchas otras.

113 C.S.J.N., “Aerolíneas Argentinas S.A.”, sent. cit. en la nota 10.

rarquía supralegal, entre ellas el Convenio 95 de la OIT, la Corte argentina aplicó la OC-18/03 de la Corte Interamericana, en tanto dispone que las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos alcanzan el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores¹¹⁴

En el caso “Álvarez y otros c/Cencosud”, donde se admitió la fundabilidad de la pretensión de nulidad del despido discriminatorio, la Corte reiteró la invocación de la mentada OC-18/03, para aplicar la teoría del *Drittwirkung* que impone al empleador el deber de respetar los derechos humanos de sus trabajadores, y declarar que el principio de igualdad y prohibición de discriminación, inclusive en materia laboral, pertenece al *jus cogens*¹¹⁵

En el caso “Pellicori c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, donde se consideró acreditado el motivo discriminatorio del despido, la Corte nuevamente invocó la OC-18/03¹¹⁶

114 C.S.J.N., “Pérez c/Disco”, sent. cit. en la nota 26.

115 C.S.J.N., “Álvarez y otros c/Cencosud”, sent. cit. en la nota 10.

Resulta oportuno destacar que, como integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, República Argentina, había admitido la fundabilidad de la pretensión de la nulidad del despido discriminatorio, con anterioridad a la mencionada sentencia de la Corte, invocando, entre otros argumentos, la pertenencia al *jus cogens* del principio de igualdad y prohibición de discriminación declarada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-18/03 (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, Sala V, sentencia definitiva n° 68.536, 14/06/2006, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A., voto del juez Zas, al que adhirió el juez Simón. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación -P. 1508. XLII., 23/08/2011, ratificada y reproducida el 20/12/2011-, y fue citada en “Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno. Manual de Formação para Juizes, Juristas e Docentes em Direito”, Centro Internacional de Formação da OIT, Editado por Xavier Beaudonnet, Primeira Edição, 2011, p. 210, Brasília, Brasil.

La doctrina establecida en el caso “Parra Vera” fue reiterada en posteriores casos por el tribunal que integro (C.N.A.T., Sala V, “Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina S.A.”, sent. def. n° 69.131, del 21/12/2006, “Quispe Quispe, Néctar c/Compañía Argentina de la Indumentaria S.A.”, sent. def. n° 70.349, del 20/12/2007, “Belen, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina S.A.”, sent. def. n° 70.913, del 20/08/2008 y “Galimany, Gastón Andrés c/Citytech S.A.”, sent. def. n° 73.068, del 23/04/2011, entre otras).

116 C.S.J.N., sent. cit. en la nota 10. También cabe señalar que en el caso “Parra Vera”, mencionado en la nota anterior, el Tribunal que integro había resuelto la cuestión relativa a la distribución de la carga probatoria en los despidos discriminatorios con argumentos similares a los expuestos por el

En el caso “Asociación de Trabajadores del Trabajo”, donde se resolvió una cuestión vinculada a la libertad sindical y a la intangibilidad salarial, el Supremo Tribunal Federal invocó las OC-6/86, 13/93, 14/94, 17/02 y 18/03 ¹¹⁷

XI

Existe controversia acerca del efecto jurídico del informe que emite la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los términos del art. 51 del Pacto de San José de Costa Rica.

La Convención Americana distingue dos informes, contemplados en los artículos 50 y 51. Según la Corte Interamericana, el primero de ellos es de carácter preliminar y el segundo definitivo ¹¹⁸

En relación al informe preliminar, según el mentado art. 50, de no llegarse a un acuerdo la Comisión redactará el informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones, pudiendo formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

La existencia del informe definitivo del art. 51 depende claramente de la posibilidad de que el caso llegue a la Corte, ya que, como ha señalado este tribunal, si el caso ha sido introducido ante la Corte, la Comisión no está autorizada para elaborar el mencionado informe ¹¹⁹

El art. 51 de la Convención Americana establece:

“1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración”.

Supremo Tribunal Federal en el caso “Pellicori”. La doctrina del caso “Parra Vera” fue reiterada y profundizada en los precedentes mencionados en la nota 114.

117 C.S.J.N., “Asociación de Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26.

118 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997, párr. 53.

119 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras (excepciones preliminares), sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 63.

“2.La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada”

“3.Transcurrido el plazo fijado, la Comisión decidirá, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe”.

Según Salvioli, mientras que en cuanto al informe preliminar el texto del Pacto de San José guarda silencio sobre la conducta a seguir por el Estado, respecto al definitivo el art. 51 es contundente marcando el imperativo para el Estado de tomar las medidas a efectos de remediar la situación dentro del plazo estipulado por la Comisión.

Si bien la palabra “recomendación” conduce inicialmente a pensar en que el Estado puede actuar discrecionalmente, el vocablo imperativo “debe” marca una obligación respecto a las conductas a llevar a cabo.

En materia de protección internacional contemporánea de los derechos humanos, el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales comprende acatar las decisiones de los órganos que aplican los instrumentos jurídicos de derechos humanos. Si las recomendaciones precisadas son las pertinentes y el Estado debe tomar las medidas para remediar la situación, difícilmente pueda sostenerse que, en el cumplimiento del mentado principio, un Estado pueda echar al olvido dichas recomendaciones ¹²⁰

En un primer momento, la Corte Interamericana entendió que “...el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuen-

120 Salvioli, Fabián, “Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en “En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campòs”, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, p. 143/155.

cia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria...”¹²¹

Con posterioridad, el cimero tribunal americano, señaló:

“...en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111)...”

“...Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes...”

“...En relación con este punto la Corte concluye que la violación o no del artículo 51.2 de la Convención no puede plantearse en un caso que, como el presente, ha sido sometido a consideración de la Corte, por cuanto no existe el informe señalado en dicho artículo...”¹²²

Nikken afirma que “...si bien el segundo informe no tiene la misma fuerza vinculante que una sentencia de la Corte, el Estado que lo desacate está incumpliendo el derecho internacional, obligado como está a cooperar para que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ofrezca la debida protección a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción...”¹²³

121 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, sentencia de 8 de diciembre de 1995, párr. 67.

122 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 80/82 y Caso Blake vs. Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 108.

123 Nikken, Pedro, “Perfeccionar el sistema interamericano de derechos humanos sin reformar el Pacto de San José”, en “El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Edit. IIDH, San José de Costa Rica, 1998, p. 34.

En el mismo sentido, Salvioli sostiene que el carácter vinculante de la decisión final de la Comisión Interamericana no puede admitir duda alguna, máxime teniendo en cuenta que si el Estado en cuestión no está de acuerdo con las conclusiones iniciales de la Comisión, manifestadas en su informe preliminar, puede hacer uso de su derecho y enviar el asunto a conocimiento de la Corte Interamericana. Si no lo hace, y tampoco da cumplimiento a las recomendaciones iniciales de la Comisión, la única interpretación compatible con el principio de buena fe, es que el Estado acepta como conclusión final la decisión de la Comisión Interamericana en su informe definitivo, y que por la teoría de los actos propios, está obligado a cumplir con las recomendaciones de la Comisión ¹²⁴

Agrega el prestigioso autor citado, que, si bien el informe definitivo de la Comisión no es una sentencia, porque no emana de un órgano jurisdiccional, esa naturaleza no define el carácter vinculante o no del mismo, máxime que el derecho internacional tiene muchos ejemplos de decisiones vinculantes que toman órganos no jurisdiccionales.

Sostener que los informes finales de la Comisión no son vinculantes tiene consecuencias penosas para la protección de los derechos humanos; significa ni más ni menos que señalar que los Estados podrían hacer caso omiso de las medidas pertinentes destinadas a poner fin a violaciones comprobadas y repararlas ¹²⁵

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido recientemente en un caso acerca del valor jurídico del informe definitivo del art. 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A través del informe definitivo del mentado art. 51 n° 50/97 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reiterando las recomendaciones emitidas en el informe del art. 50 de la Convención, expresó: "...que al impedir una decisión sobre los méritos del caso interpuesto por el señor Gustavo Carranza, a raíz de su destitución como juez de la Provincia del Chubut, el Estado argentino violó sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana...", y, por ello, "...recomienda que el Estado argentino indemnice adecuadamente a Gustavo Carranza por las violaciones mencionadas en el párrafo anterior..."

124 Salvioli, ob. cit. en la nota 119.

125 Salvioli, ob. cit. en la nota 119.

Planteadas por el actor una acción ante la Justicia argentina a fin de obtener la declaración de responsabilidad del Estado ante la comunidad internacional por el incumplimiento del informe definitivo precitado, y la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de la violación de sus derechos, el Supremo Tribunal Federal confirmó la sentencia que había admitido el reclamo indemnizatorio, aunque no hubo coincidencia entre los votos de los jueces que formaron la mayoría acerca del valor jurídico de los informes del art. 51 del Pacto de San José de Costa Rica ¹²⁶

126 C.S.J.N., C. 568. XLIV. y C. 594. XLIV., 06/08/2013, “Carranza Latrubesse, Gustavo c/Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exterior - Provincia del Chubut”.

Los jueces Fayt y Zaffaroni sostuvieron el carácter obligatorio para el Estado Nacional de las recomendaciones contenidas en el informe n° 30/97, emitido en el marco del art. 51 de la Convención Americana.

Los jueces Petracchi y Maqueda, en sendos votos separados, coincidieron en la solución del caso, por otros argumentos, aunque sin postular genéricamente el carácter vinculante de los informes del mentado art. 51.

Petracchi destacó que, si bien las recomendaciones formuladas por la Comisión en el marco del procedimiento de peticiones individuales no tienen un valor obligatorio equivalente al de las sentencias de la Corte Interamericana, dado que en el caso el Estado Nacional no realizó los esfuerzos exigidos por el principio de buena fe, ni tampoco alegó la existencia de razones de orden público interno que justificaran su conducta, correspondía confirmar la sentencia de condena.

Maqueda, por su parte, afirmó que la aplicación del principio de buena fe y la calidad de los argumentos y la autoridad de quien emanan, llevan a considerar que los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación, interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno. Agregó el citado magistrado, que si bien sólo las decisiones jurisdiccionales emanadas de la Corte Interamericana son ejecutables en los términos del art. 68 del Pacto de San José, el Estado Argentino no podía desconocer la recomendación de la Comisión Interamericana de indemnizar al actor sino que, debía realizar los mejores esfuerzos para su implementación recurriendo a los mecanismos y procedimientos más convenientes a esos efectos.

Los jueces Argibay, Lorenzetti y Highton de Nolasco, estos dos últimos en voto concurrente, propiciaron la desestimación del reclamo del actor, coincidiendo los tres magistrados en descartar el carácter obligatorio de los informes del art. 51 de la Convención Americana.

XII

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada por la resolución XXIX de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, con la única excepción de los Estados Unidos de América "...tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el *mínimum* de derechos de que todos ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables..." (conf. art. 1º, párr. 1º).

Como señala acertadamente Gros Espiell, es preciso relacionar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre con la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La Declaración, adoptada por la resolución XXX de la conferencia mencionada en el párrafo precedente, enumera no sólo los derechos civiles y políticos, sino también los económicos, sociales y culturales (arts. VI, VII, XI, XII, XIII, XIV y XV). La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales posee igual naturaleza jurídica que la Declaración; no es un tratado internacional, sino otra declaración adoptada por medio de una resolución de la conferencia pre-citada. Este hecho, la simultaneidad de la adopción y la identidad de los principios en que ambos textos se fundamentan, explican por qué la Carta es un instrumento que debe servir para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de la Declaración Americana sobre los derechos sociales.

Agrega el autor citado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a la Declaración Americana en el Preámbulo y en el artículo 29.d), pero esta norma alude no sólo a la Declaración, sino también a "otros actos internacionales de la misma naturaleza". Y entre estos actos puede incluirse a la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

Concluye el mencionado jurista que de tal modo la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales forman un conjunto normativo que, pese a las diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de los diversos instrumentos que lo componen, es preciso estudiar sistemática y globalmente y en el cual cada uno

de estos textos se explica y adquiere su plena significación en la consideración de los otros ¹²⁷

Cabe aclarar que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también integra el conjunto normativo precitado.

Para influir en la Declaración Universal de Derechos Humanos, especialmente durante las últimas etapas de discusión del proyecto, los representantes latinoamericanos se basaron en su propia experiencia de redacción y adopción de dos documentos regionales sobre derechos humanos, durante el mismo año de la Declaración Universal. Uno de los documentos fue la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuyos 38 artículos orgánicos tratan detalladamente sobre los derechos inherentes al trabajo, siguiendo los intereses recogidos por la Organización Internacional del Trabajo hasta ese momento. La adopción de la Carta ofrece más pruebas de la fortaleza del compromiso regional general con los derechos económicos, sociales y culturales en 1948 ¹²⁸

En el mismo sentido, Krsticevic sostiene que la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales puede servir de instrumento interpretativo de los derechos y garantías plasmados en otros instrumentos convencionales americanos ¹²⁹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos aplicó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales para el control de la normativa interna ¹³⁰

En esa línea, por aplicación del art. 29.d) de la Convención Americana, la Carta Internacional Americana de Derechos Sociales constituye uno de los referentes interpretativos del alcance de los derechos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica, teniendo en cuenta que corresponde otorgar prevalencia a una hermenéutica sistemática, teleológica y evolutiva, que tenga en cuenta el contenido nor-

127 Gros Espiell, Héctor, "Estudios sobre Derechos Humanos II". Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 110/111.

128 Carozza, Paolo G., "La perspectiva histórica del aporte latinoamericano al concepto de los derechos económicos, sociales y culturales", en "Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta", Alicia Ely Yamin (coordinadora), Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Asociación Pro Derechos Humanos, Plaza y Valdez Editores, Primera Edición 2006, México, p. 55/56.

129 Krsticevic, Viviana, "La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano", en ob. cit. en la nota 127, p. 173/174, nota 13.

130 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser.L/V/II.71. doc. 19 rev. 1, cap. VI, A, B.e y C.

mativo más favorable para la protección del ser humano, en el caso, el trabajador y el objeto y fin de garantizar efectivamente sus derechos humanos.

La eficacia jurídica de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales ha sido reconocida por nuestro más Alto Tribunal ¹³¹

Con posterioridad, el Supremo Tribunal Federal destaca que la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales fue adoptada por los Estados americanos al mismo tiempo y en el mismo marco en que fueron adoptadas la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, relación esta por la cual, además, la primera debe servir para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de esta última, i.e., la Declaración Americana (Gros Espiell, Héctor, “Estudios sobre derechos humanos II, IIDH/Civitas, Madrid, 1988, p. 110). La mencionada Carta tuvo por objeto “declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el *mínimum* de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables” (art. 1) ¹³²

Esta doctrina fue expresamente ratificada por la Corte Suprema en una reciente sentencia ¹³³

Por las razones expuestas, los jueces y tribunales argentinos deberán tener en cuenta la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales a fin de efectuar el control de convencionalidad en los casos pertinentes sometidos a su consideración.

XIII

El sistema universal cuenta con diez tratados que establecen, cada uno de ellos, un régimen por el cual sus correspondientes Comités asumen competencia para recibir y examinar “comunicaciones”, vale decir, denuncias en las que se alegue que individuos que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte, son “víctimas” de una violación por este último, de las disposiciones o derechos enunciados en el instrumento respectivo. Aludimos, a: la CD Racial (art. 14); el Protocolo I PIDCP;

131 C.S.J.N., Fallos: “Aerolíneas Argentinas S.A.”, sent. cit. en la nota 10.

132 C.S.J.N., “Ascuá c/Somisa”, sent. cit. en la nota 40.

133 C.S.J.N., “Asociación de Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26.

la CTortura (arts. 22 y ss.); los Protocolos Facultativos de la CD Mujer y de la CP Discapacidad; la CTMigratorios (art. 77); el Protocolo II PIDCP (art. 5) y la CD Desapariciones F (art. 31). Cabe agregar, el recientemente entrado en vigor Protocolo PIDESC (art. 2) y el Protocolo CNiño. Sólo las señaladas vías relativas a la CD Racial, la CTortura, la CDesapariciones F y el Protocolo II PIDCP, son de reconocimiento facultativo para los Estados Partes: expreso, en el caso de las tres primeras, y según la modalidad *opting out* en el del último. La Argentina, en tal sentido, además de haber ratificado los cuatro primeros protocolos antedichos (sin formular declaración en sentido contrario respecto del Protocolo II PIDCP), reconoció las aludidas competencias del Com/Tortura, del Com/Desapariciones F, y del Com/Racial, al paso que, respecto de este último, designó al Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo como órgano competente dentro del ordenamiento jurídico nacional para recibir y examinar las comunicaciones previstas en el art. 14.1, CD Racial (arts. 1º y 2º, ley 26.162). En fecha reciente (24/10/2011) ratificó el Protocolo PIDESC ¹³⁴

Es oportuno evaluar la relevancia que, para el sistema de fuentes, tienen las “decisiones” que pronuncian los Comités en ejercicio de sus competencias. Empleamos el término “decisión” por ser el más apropiado, aun cuando el Protocolo I PIDCP usa la voz “observaciones”.

Pero, más allá de la denominación, en el contencioso en juego, después del desarrollo de un trámite respetuoso del debido proceso, el Comité se verá llevado a interpretar el contenido y alcance de las normas convencionales de su competencia, para luego decidir si en el caso se ha producido o no una violación de aquéllas. En numerosos supuestos, tal cometido exigirá que el órgano realice un control de convencionalidad de las normas o prácticas nacionales. Es por ello que este régimen es el que permite a los Comités “analizar en profundidad” los preceptos convencionales. Se suma a ello, en todos los sistemas, que los Comités están compuestos por miembros o expertos de reconocida competencia en materia de derechos humanos o en la esfera del instrumento de que se trate, y de gran integridad o prestigio morales. Dichos miembros, además de propuestos y elegidos por los Estados Partes del tratado, ejercen sus funciones a “título personal”, vale decir, con total independencia de todo poder externo, lo cual incluye al Estado que los propuso. Para la aludida elección, se toman en cuenta la distribución geográfica equitativa de los miembros

134 Gialdino, ob. cit. en la nota 1, p. 354/355.

y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos.

En tales condiciones, no existe barrera alguna para integrar dichas decisiones en el ámbito de la jurisprudencia ¹³⁵

Como señala caracterizada doctrina, el control de convencionalidad no se limita a la Convención Americana, y a los demás instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, sino que se extiende a otros convenios, como por ejemplo los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos ¹³⁶

Si el control se limitara a la Convención Americana, y a las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana, se generaría una situación de regulación normativa desigualitaria que impactaría profundamente en la garantía útil de los derechos humanos consagrados expresa o implícitamente en los textos de los instrumentos internacionales, lo cual derivaría en categorías o divisiones normativas que no se condicen con su indivisibilidad e interdependencia ¹³⁷

En sostén de esta postura, cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha invocado este tipo de decisiones para fundar la solución de distintos casos ¹³⁸

Los Comités de Derechos Humanos de la ONU han venido dictando “observaciones generales” que, han ido conformando, con el correr del tiempo, un cuerpo jurídico vasto, y en permanente vías de expansión y revisión.

Por su intermedio, dichos órganos han ingresado en el estudio pormenorizado del contenido y alcance, tanto de las obligaciones asumidas por los Estados, cuanto de principios, derechos, garantías y libertades enunciados en los textos respectivos.

A juicio de Abramovich y Courtis, el dictado de observaciones generales son la expresión de una competencia similar a la consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, difiriendo sólo en el aspecto procedimental, ya que son los

135 Gialdino, ob. cit. en la nota 1, p. 355/356.

136 Sagués, ob. cit. en la nota 68, p. 417.

137 Gil Domínguez, Andrés, “El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio”, *Diario La ley* del 19/12/2012, p. 4.

138 Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. citada en la nota 103, párr. 69 (invoca una decisión del Comité de Derechos Humanos para elaborar el concepto de familia), entre otras.

propios Comités los que asumen la iniciativa y escogen la oportunidad y el tema a ser considerado ¹³⁹

Las observaciones generales han pasado a constituir una herramienta de fundamental importancia en el arsenal de promoción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que deben ser seguidas no sólo por los Estados Partes del instrumento en juego, sino también por los Estados miembros de la ONU ¹⁴⁰

Las observaciones generales, por otro lado, suelen ser un vehículo para que los Comités con competencia en materia de comunicaciones individuales, actualicen y modernicen la “jurisprudencia” asentada bajo ese régimen. También para señalar actos y omisiones que constituyen “violaciones” de los tratados y fortalecer las posibilidades de aplicación directa de las normas internacionales por los tribunales locales, sobre todo en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales. Dictada la observación general, ésta constituirá un elemento con arreglo al cual serán examinados y, en su caso, censurados, los informes periódicos, cuando no juzgados los Estados bajo el régimen de comunicaciones ¹⁴¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha invocado las mentadas observaciones generales para la solución de distintos casos llegados a su conocimiento ¹⁴²

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado reiteradamente que corresponde tomar en consideración el corpus iuris elaborado por los Comités de Derechos Humanos, que actúan en las condiciones de vigencia de los tratados de

139 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos”, en Añón, M. J. (ed.), “La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración”, Universitat de València, Valencia, 2004, p. 95, nota. 12.

140 Gialdino, ob. cit. en la nota 1, p. 360.

141 Gialdino, ob. cit. en la nota 1, p. 361/362.

142 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, sentencia de 1º de julio de 2009, párr. 101/103 (invoca la observación general nº 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la exégesis de la progresividad regulada en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, sentencia de 21 de mayo de 2013, párr. 135 (invoca la observación general nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para evaluar el cumplimiento del derecho a la salud), entre otras.

derechos humanos pertinentes (conf. art. 75, inc. 22, párr. 2º de la C.N.), y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional ¹⁴³

XIV

Es menester recordar que en el proceso de reconocimiento universal de los derechos de los trabajadores tuvo especial gravitación la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, acontecimiento que marcó el nacimiento del derecho internacional del trabajo ¹⁴⁴

El art. 37, párr. 1 de la Constitución de la OIT establece en lo pertinente:

“Todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de esta Constitución y de los convenios ulteriormente concluidos por los miembros en virtud de las disposiciones de esta Constitución serán sometidos a la Corte Internacional de Justicia para su resolución...”.

Este procedimiento fue aplicado una sola vez en lo que concierne a un convenio. Además, en 1946 fue agregado un nuevo párrafo al art. 37 de la Constitución de la OIT, que dispone que “el Consejo de Administración podrá formular y someter a la aprobación de la Conferencia reglas para establecer un tribunal encargado de solucionar rápidamente cualquier cuestión o dificultad relacionada con la interpretación de un convenio que le fuere referida por el Consejo de Administración o en virtud de los términos de dicho convenio”, mecanismo que tampoco fue adoptado.

Sin embargo, son los llamados órganos de control de la OIT de carácter cuasijudicial, los que han elaborado una extensa “jurisprudencia” en el cumplimiento de su función de supervisión de la aplicación de las normas internacionales del

143 C.S.J.N., “Pérez c/Disco”, sent. cit. en la nota 26; “Torrillo y otro c/Gulf”, sent. cit. en la nota 26; Fallos: 333:699, 19/05/2010, “González, Martín Nicolás c/Polimat S.A. y otro”; “Pellicori c/Colegio Público de Abogados de la Capital”, sent. cit. en la nota 10; Q. 64. XLVI., 24/04/2012, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” y “Asociación de Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26.

En los casos “Pérez”, “Torrillo”, “González”, “Pellicori” y “Asociación de Trabajadores del Estado” se debatían cuestiones laborales y en “Q. C., S. Y.” se dilucidaban cuestiones relacionadas con el alcance del derecho a la vivienda. En todos los mencionados precedentes el Supremo Tribunal Federal aplicó distintas observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

144 C.S.J.N., “Gentini y otros c/Estado Nacional”, sent. cit. en la nota 26.

trabajo. Se trata sobre todo de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración. Como lo expresa la Comisión de Expertos, “a efectos de desempeñar su función consistente en evaluar la aplicación de los convenios, incumbe a la Comisión examinar el significado de ciertas disposiciones de los convenios, y expresar su punto de vista al efecto” (Informe III, Parte 4ª, 1977, p. 11, párrafo 32). El conocimiento de esta jurisprudencia es sumamente importante para poder apreciar los alcances de las distintas normas contenidas en un convenio.

Frente a las críticas suscitadas contra esa “jurisprudencia”, en su informe de 1990 la Comisión de Expertos precisó que no le incumbía dar una interpretación definitiva de los convenios, que corresponde a la Corte Internacional de Justicia, pero que para desempeñar su función de evaluar si se da cumplimiento a las disposiciones de los convenios debía examinar el significado de ciertos de sus artículos, determinar el alcance jurídico y, si hubiese lugar, expresar su parecer al respecto. “En consecuencia, mientras la Corte Internacional de Justicia no contradiga los puntos de vista de la Comisión, éstos siguen siendo válidos y generalmente reconocidos” (Informe III, Parte 4A, 1990, p. 8, párr. 7).

Frente a las críticas fundadas en las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cabe destacar que el art. 5º de este ordenamiento internacional dispone que se aplica, efectivamente, “a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional”. Pero luego agrega que esto es “sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización internacional”. Por ello, teniendo en cuenta todo el sistema especial de convenios internacionales del trabajo y sus métodos de control, el objetivo de estos convenios -consistente en proteger los derechos sociales de los trabajadores- y hasta la naturaleza de los mismos -de carácter cuasilegislativo-, el mencionado principio de interpretación establecido en la Convención de Viena puede considerarse como no aplicable a los convenios de la OIT. En efecto, si estos instrumentos tuvieran que ser interpretados a la luz de “toda práctica ulteriormente seguida” en su aplicación por las Partes, el fin mismo de los convenios, que es la promoción del progreso social, quedaría anulado por el mero hecho de que una serie de países dejaran de aplicar determinado convenio. Por el contrario, el propósito de los convenios es que la ley y la práctica de esos países cambie, para adaptarlas a los principios del convenio respectivo.

Conserva así toda su importancia la jurisprudencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, así como la del Comité de Liber-

tad Sindical, que también forma parte de las instituciones tradicionales de la OIT. El valor de las opiniones expresadas por ambos órganos es tanto mayor en nuestro país, teniendo en cuenta la jerarquía que ocupan las normas de la OIT en nuestra pirámide legislativa después de la reforma constitucional de 1994, y más aún el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, como parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, de nivel constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna ¹⁴⁵

Con respecto al valor jurídico de las interpretaciones de los organismos de control y aplicación de los Convenios de la OIT, se planteó recientemente un interesante debate entre la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y los representantes de los empleadores ante la Comisión de Aplicación de Normas de la OIT.

Por considerarlo relevante, transcribimos seguidamente la parte pertinente del Informe presentado por la citada Comisión de Expertos ante el Consejo de Administración de la OIT en el año 2013:

“...29. En relación con las preocupaciones expresadas por el Vicepresidente empleador en la Conferencia de junio de 2012, la Comisión tomó nota de que según dicho orador las observaciones de la Comisión son «vistas por el mundo exterior como una forma de jurisprudencia no vinculante sobre las normas laborales». Sin embargo, la Comisión indicó que el mundo exterior a la OIT no es el auditorio al que se dirige o que se le ha asignado, y que sus opiniones y conclusiones no son vinculantes y van destinadas a los gobiernos, los interlocutores sociales y a la Comisión de la Conferencia en virtud de su bien establecida función de órgano de control de la OIT. La Comisión señaló que es consciente de que sus orientaciones se tienen en cuenta seriamente tanto en tribunales nacionales como en tribunales internacionales pero estimó que esto es un reflejo del reconocimiento de su independencia e imparcialidad como fuente, y del valor persuasivo de sus análisis y conclusiones no vinculantes. La Comisión recordó que estos análisis y conclusiones sólo adquieren fuerza legal en un sentido «vinculante» si un tribunal internacional, un tribunal nacional o un instrumento nacional así lo establecen”.

“30. En relación con sus métodos de trabajo, y en particular, con su examen de las memorias de los gobiernos y los comentarios de los interlocutores sociales,

145 Von Potobsky, Geraldo, “Los debates en torno a la interpretación de los convenios de la OIT”, en “Derecho Colectivo del Trabajo”, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 205/210.

la Comisión recordó que se basa exclusivamente en documentos escritos y no en informaciones orales. Aunque la Comisión tomó debida nota de los comentarios bien documentados y constructivos de los interlocutores sociales, agradecería recibir mayores comentarios de los empleadores a fin de tener más información sobre sus puntos de vista. La Comisión subrayó la importancia del trabajo individual y colectivo que realiza para examinar la aplicación de los convenios, que también se beneficia de un amplio intercambio de puntos de vista entre personas procedentes de muchos contextos jurídicos, sociales y culturales. Por último, la Comisión recordó que su mandato debe entenderse necesariamente en el marco de la Constitución de la OIT que representa una base sólida para los objetivos de la Organización de eliminar la injusticia, la miseria y las privaciones que entrañan las condiciones de trabajo de un gran número de seres humanos y promover la justicia social como medio de asegurar la paz universal y duradera...”

“...33. La Comisión quiere señalar a la atención de los mandantes los cuatro puntos siguientes:”

“a) Inherente a la lógica de la aplicación. El mandato de la Comisión de Expertos establece que la Comisión tiene que examinar una serie de memorias e informaciones a fin de supervisar la aplicación de los convenios y recomendaciones. Al cumplir con sus responsabilidades, la Comisión debe señalar a la atención de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia todos los textos legislativos y todas las prácticas nacionales que no son conformes a los convenios, e indicar la gravedad de ciertas situaciones. Esto, lógicamente e inevitablemente requiere una evaluación, que a su vez implica cierto grado de interpretación, tanto de la legislación nacional como del texto del convenio correspondiente.”

“Además, con arreglo a los métodos de trabajo que viene utilizando desde 1964 la Comisión de Expertos ha identificado más de 3 000 casos de progreso (toma nota con satisfacción), lo que a su vez requiere una declaración interpretativa respecto a que los cambios que el gobierno ha introducido en la legislación y la práctica han servido para dar más efecto a un convenio ratificado, según el sentido que le ha dado la Comisión.”

“b) La igualdad de trato y la uniformidad garantizan la predictibilidad de la aplicación. El enfoque de la Comisión en lo que respecta al examen del significado de los convenios da prioridad al hecho de alcanzar la igualdad de trato para todos los Estados y la uniformidad en la aplicación práctica. Este énfasis es esencial para mantener los principios de legalidad, lo que alienta a los gobiernos a aceptar los puntos de vista de la Comisión sobre la aplicación de un convenio. De este modo, la

Comisión puede promover el grado necesario de seguridad jurídica para el correctofuncionamiento del sistema de la OIT.”

“c) Composición. Las opiniones de la Comisión de Expertos sobre el significado de los convenios son ampliamente aceptadas debido a que la Comisión está compuesta por personas independientes que tienen destacadas trayectorias como juristas y una experiencia directa en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales en el marco de los cuales se debe valorar la aplicación de los convenios. La independencia de la Comisión es también una característica importante de las profesiones de sus miembros, que son generalmente jueces de tribunales nacionales o internacionales y profesores de derecho del trabajo y de derecho en materia de derechos humanos. La independencia también se puede atribuir a la forma en la que se seleccionan los miembros de la Comisión. No son designados por los gobiernos, los empleadores o los trabajadores, sino por el Consejo de Administración a recomendación del Director General. Esta combinación de independencia, experiencia y conocimientos especializados continúa siendo una considerable fuente de legitimidad adicional para los mandantes de la OIT”.

“d) Consecuencias. Los gobiernos se basan en la validez y el reconocimiento de los que gozan las observaciones, solicitudes directas y estudios generales de la Comisión de Expertos para estructurar su orientación legislativa y práctica. Si los gobiernos consideraran que las posiciones de la Comisión están de alguna manera desacreditadas o que se ha rebajado su valor, algunos de ellos se sentirían más libres para ignorar las solicitudes o invitaciones de la CEACR para que apliquen las normas. Esta situación socavaría inevitablemente el control ordenado y la aplicación predecible de las normas, que es precisamente lo que se quiso evitar al establecer y extender el mandato de la Comisión de Expertos.”

“Además, la Comisión de la Conferencia, el Comité de Libertad Sindical, y el Consejo de Administración también confían en las opiniones de la Comisión de Expertos sobre el significado de las disposiciones de un determinado convenio en el curso del proceso de aplicación del mismo. Sin esta función independiente, el sistema de control perdería un componente fundamental de imparcialidad y objetividad, que es un elemento que durante 85 años ha sido esencial para el sistema de control...”

“...34. Tal como señaló en la Conferencia, la Comisión considera que puede ser útil revisar ciertas ideas planteadas en el pasado y de forma recurrente en relación con su mandato.”

“a) Declaraciones de la CEACR. Durante más de 50 años, la Comisión ha expresado regularmente su opinión sobre sumandato y sus métodos de funcionamiento. Desde 2001, lo ha hecho de forma más rigurosa a través de la labor de lasubcomisión sobre los métodos de trabajo. En este punto cabe plantear tres elementos que tienen una especialrelevancia a este respecto:”

“— En primer lugar, la Comisión ha subrayado en repetidas ocasiones su estatus como órgano imparcial, objetivo e independiente, ya que sus miembros son nombrados por el Consejo de Administración a título personal debidoprecisamente a su imparcialidad e independencia”⁵

“— En segundo lugar, la Comisión ha dejado claro con regularidad que aunque su mandato no la autoriza a realizaruna interpretación definitiva de los convenios (la competencia en materia de interpretación la tiene la CorteInternacional de Justicia (CIJ) en virtud del artículo 37 de la Constitución de la OIT), a fin de cumplir con sumandato de examinar y analizar la aplicación de los convenios debe formular y expresar sus opiniones sobre elalcance jurídico y el significado de las disposiciones de dichos convenios”⁶

“— En tercer lugar, por lo menos desde los años 1950, la Comisión ha expresado sus opiniones sobre el significado de determinados instrumentos de la OIT utilizando unos términos y un vocabulario que inevitablemente son los de la interpretación.”

“b) Declaraciones del Grupo de los Empleadores. Durante los últimos 25 años, el Grupo de los Empleadores confrecuencia ha dejado claro su apoyo y aceptación de la función de la Comisión de interpretar los textos de los convenios, como un elemento fundamental del sistema de control.”

“De esta forma, por ejemplo, en 1986 en la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, «los miembros empleadores declararon que a su juicio las críticas formuladas sobre el procedimiento de control probaban la eficacia de éste. Rechazaban toda idea consistente en abolir o debilitar el sistema de control. En su opinión, los argumentos esgrimidos contra este sistema carecían de fundamento. Tal era el caso, en particular, de las críticas según las cuales el sistema de control constituía una injerencia en los asuntos internos de un Estado. Al contrario, se trataba de sabersi un Estado Miembro se proponía cumplir los compromisos por él suscritos. El sistema de control presentaba laventaja de trabajar a partir de memorias recibidas directamente de los Estados Miembros y sobre la base del diálogo que se instauraba con el Estado correspondiente una vez recibidas las memorias. Este

procedimiento era claro, equitativo, desprovisto de toda ambigüedad, y ante todo, necesario» (párrafo 36, pág. 31/8)”⁷

“De nuevo en 1987, los empleadores respondieron a los argumentos de la URRS y otros países de Europa del Este (párrafo 26) de que la Comisión de Expertos había ido más allá de su mandato, que era puramente técnico, convirtiéndose en «una especie de tribunal supranacional que interpretaba las leyes nacionales y los convenios» aunque dicha interpretación era responsabilidad de los tribunales nacionales o de la CIJ. El portavoz de los empleadores «rechazó el argumento de que la Comisión de Expertos había excedido su mandato» (párrafo 27) y tanto el portavoz de los empleadores como el portavoz de los trabajadores «se pronunciaron por el mantenimiento de los presentes métodos de trabajo de la Comisión de Expertos» (párrafo 32)”⁸

“En 1990, los empleadores criticaron un párrafo de un informe de la Comisión porque opinaban que quería decir que a falta de una sumisión a la CIJ, la competencia en materia de interpretación recaería sólo en la Comisión de la Conferencia (párrafo 22). Tras un amplio debate tripartito, los empleadores hicieron hincapié en que para ellos la Convención de Viena constituía «el instrumento apropiado — y, por otra parte, el único — para interpretar los convenios de la OIT. Invitaban a la Comisión de Expertos a utilizar este instrumento cuando interpretaran las normas internacionales del trabajo» (párrafo 30, cursivas agregadas)”⁹

“En 1993, los empleadores señalaron que «los desacuerdos entre el método y la sustancia de interpretación solamente existen en relación con un reducido número de los numerosos comentarios formulados durante estos años por la Comisión de Expertos» (párrafo 21)”¹⁰

“En 2010, los empleadores hicieron hincapié en «que no ponen en tela juicio la valiosa función que cumple la Comisión de Expertos, sino simplemente algunas de sus interpretaciones» (párrafo 75)...”¹¹

“...35. a) Al afirmar que sus opiniones deben considerarse como válidas y generalmente reconocidas (a falta de una sentencia en sentido contrario de la CIJ), la Comisión no está diciendo que considere que sus opiniones tengan valor de cosa juzgada (*res judicata*) o ningún efecto equiparable. La Comisión no se considera a sí misma como un tribunal. De hecho, ha dejado claro en todo momento que sus directrices — que adoptan la forma de opiniones o recomendaciones en el marco de observaciones, solicitudes directas y estudios generales — no son vinculantes. Por el contrario, el valor persuasivo que tienen las directrices de la Comisión para los Estados Miembros, los interlocutores sociales, la Comisión de Aplicación

de Normas y otros destinatarios dentro de la OIT radica en: 1) su relación lógica con el proceso de aplicación de normas; 2) la igualdad de trato y uniformidad que acompaña su aplicación; 3) la calidad de sus razonamientos, y 4) el reconocimiento general de la independencia y conocimientos especializados de la Comisión en su conjunto.”

“b) En este sentido, la orientación de la Comisión forma parte del denominado panorama jurídico internacional. Al igual que la labor de los organismos independientes de supervisión creados en los organismos del sistema de las Naciones Unidas que se ocupan de los derechos humanos y de los derechos del trabajo, las opiniones o conclusiones no vinculantes de la Comisión gracias a su racionalidad y valor persuasivo, su fuente de legitimación (entendiendo por tal la independencia, el prestigio, la experiencia y los conocimientos especializados de sus integrantes) y su capacidad de aportar respuestas a una serie de realidades nacionales, incluyendo las informaciones que le llegan de los interlocutores sociales, pretenden orientar las medidas que adoptan los Estados Miembros de la OIT. Al mismo tiempo, la Comisión observa que los interlocutores sociales sólo pueden plantear sus preocupaciones en relación con la aplicación de los convenios ante los mecanismos de control de la OIT...”

“5 CIT, Informe III (Parte IV), 1957, párrafo 15; CIT, Informe III (Parte IV), 1967, párrafo 25; CIT, Informe III (Parte 4A), 1977, párrafo 12; CIT, Informe III (Parte 4A), 1987, párrafo 19; CIT, Informe III (Parte 4A), 1990, párrafo 6; CIT, Informe III (Parte 4A), 1991, párrafo 12; CIT, Informe III (Parte IA), 2006; CIT, Informe III (Parte IA), 2011, párrafo 10.”

“6 CIT, CEACR, Informe III (Parte 4A), 1977, párrafo 32; CIT, CEACR, Informe III (Parte 4A), 1987, párrafo 21; CIT, CEACR, Informe III (Parte 4A), 1990, párrafo 7; CIT, Informe III (Parte 4A), 1991, párrafo 9; CIT, CEACR, Informe III (Parte 1A), 2011, párrafo 11.”

“7 CIT, Actas Provisionales núm. 31: Informe de la Comisión de Aplicación de Normas, 72.^a reunión, Ginebra, 1986, pág. 31/1.

8 CIT, Actas Provisionales núm. 24 (Parte 1): Informe de la Comisión de Aplicación de Normas, 73.^a reunión, Ginebra, 1987, pág. 24/8.”

“9 CIT, Actas Provisionales núm. 27 (Parte 1): Informe de la Comisión de Aplicación de Normas, 77.^a reunión, Ginebra, 1990, pág. 27/9.”

“10 CIT, Actas Provisionales núm. 25 (Parte 1): Informe de la Comisión de Aplicación de Normas, 80.^a reunión, Ginebra, 1993, pág. 25/5.”

“11 CIT, Actas Provisionales núm. 16 (Parte 1): Informe de la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 99.ªreunión, Ginebra, 2010, 16 Parte I/25.”

“12 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos Humanos tienen responsabilidades comparables en lo que respecta al seguimiento de la aplicación de las disposiciones de sus pactos, en base a su imparcialidad y su condición de órganos expertos independientes.”

Las interpretaciones de los organismos de control y aplicación de los Convenios de la OIT han sido tenidas en cuenta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la solución de casos llegados a su conocimiento ¹⁴⁶

Por otra parte, el art. 24, párr. 3º, inc. b) de la ley 25.877 reenvía a los criterios de los organismos de control de la OIT para la calificación excepcional como servicio esencial de un servicio público de importancia trascendental en caso de huelga, y el último párrafo de la norma citada prescribe que su reglamentación deberá ser efectuada conforme los principios de la OIT.

Por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha invocado reiteradamente la doctrina de los mencionados organismos de control para fundar sus decisiones ¹⁴⁷

146 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 162, 163, 164 y 171 (invoca las interpretaciones de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical de la OIT para dilucidar el contenido y alcance de la libertad sindical) y Caso Huilca Tecse vs. Perú, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 75 (invoca las interpretaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT para dilucidar el contenido y el alcance de la libertad sindical).

Cabe destacar especialmente que en el Caso Baena, el cimero tribunal americano considera que la libertad sindical reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos, cita textualmente el tramo del Preámbulo de la Constitución de la OIT que consagra el “reconocimiento del principio de libertad sindical” como requisito indispensable para “la paz y armonía universales”, e invoca los Convenios 87 y 98 de la OIT (párr. 157 y 158 y nota 59).

147 C.S.J.N., “Aerolíneas Argentinas c/Ministerio de Trabajo”, sent. cit. en la nota 10 (invoca la doctrina la Comisión de Expertos para dilucidar el contenido y el alcance de las normas internacionales referidas a la inspección del trabajo); “Pérez c/Disco”, sent. cit. en la nota 26 (invoca la doctrina del Comité de Expertos para definir el concepto y alcance de la remuneración regulada por el Convenio 95 de la OIT y su compatibilidad con las normas legales argentinas cuestionadas); “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo”, sent. cit. en la nota 15 (invoca la doctrina de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical para definir el concepto y alcance de la libertad sindical regulada por el Convenio 87 de la OIT y su compatibilidad con una norma de la ley argentina de asociaciones sindicales n° 23.551); Fallos: 332:2715, 09/12/2009, “Rossi, Adriana

Consideramos relevante transcribir un tramo de la sentencia dictada por el Supremo Tribunal Federal de la Argentina en el caso “Asociación de Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo”:

“...Que este orden conceptual se corresponde con la interpretación del Convenio n° 87 y la labor de los órganos de control internacional de la OIT. Por un lado, el Comité de Libertad Sindical -creado por el Consejo de Administración de la OIT en su 117ª reunión de noviembre de 1951-, destinado al examen de las alegaciones relativas a la violación de la libertad sindical (Compendio normativo aplicable al Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, adoptado por el Consejo en su 292ª reunión, marzo de 2005, anexos I y II). Por el otro, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT -instituido por resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octava reunión (1926)- que ejerce el control regular de la observancia por los Estados Miembros de las obligaciones derivadas de los convenios que han ratificado (Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, Sección VI). De estas fuentes, por lo demás, hizo mérito la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en *Huilca Tecse* (cit., párr. 75) cuanto en *Baena* (cit., párrs. 157, 164 y 165). Y tampoco ha faltado la oportunidad para que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exhortara a un Estado a que revise su legislación laboral con vistas a adaptarla a las observaciones de la Comisión de Expertos relativas al Convenio N° 87 (vgr.: *Concluding Observations: Malta*, 27-11-2004, E/C.12/1/Add. 101, párr. 35 y *Concluding Observations: Poland*, 29-11-2002, E/C/C.12./1.Add. 82, párr. 44)...”.

Por las razones expuestas precedentemente, consideramos que en el ordenamiento jurídico argentino, la doctrina de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical constituye fuente de interpretación de los Convenios de la OIT, salvo que fuera dejada sin efecto por la Corte Internacional de Justicia en los casos en que se acudiera al mecanismo previsto en el art. 37 de la Constitución de esa organización internacional.

María c/Estado Nacional - Armada Argentina” (invoca la doctrina de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical para definir el concepto y alcance de la libertad sindical regulada por el Convenio 87 de la OIT y su compatibilidad con otra norma de la ley argentina de asociaciones sindicales n° 23.551) y “Asociación de Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26 (invoca la doctrina de la Comisión de Expertos para definir el concepto y alcance de la libertad sindical regulada por el Convenio 87 de la OIT y su compatibilidad con otra norma de la ley argentina de asociaciones sindicales n° 23.551).

En ese marco, los jueces y tribunales nacionales deberán tener en cuenta esa doctrina a fin de realizar el control de convencionalidad en los casos pertinentes sometidos a su consideración, sin perjuicio -claro está- de aplicar otra norma más favorable al trabajador que la contenida en el Convenio de la OIT involucrado, o de escoger una interpretación más favorable a aquel sujeto de preferente tutela que la sustentada por los organismos de control de la OIT.

Cabe recordar al respecto que el art. 19, párrafo 8 de la Constitución de la OIT dispone claramente:

“..En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”¹⁴⁸

XV

Hoy en día, el Derecho de los derechos humanos, punto de convergencia del Derecho Internacional y del Derecho constitucional, admite la existencia de normas supranacionales que se imponen a la soberanía de los Estados en aquellas materias que son de orden público internacional, por constituir principios básicos de la convivencia internacional. Estos, que constituyen el denominado “jus cogens”, incluyen el respeto de los derechos fundamentales por encima de intereses y voluntad de los Estados.

Esta ampliación de contenidos, sujetos y fronteras, se corresponde perfectamente con la globalización, produciéndose una racionalización de la soberanía nacional al incorporar normas supraestatales inherentes al ser humano y -sobre

148 Considero relevante destacar que en un caso planteado ante el tribunal del trabajo que integro, donde un sindicato de policías reclamaba el derecho a obtener su inscripción sindical, me aparté del criterio adoptado por el Comité de Libertad Sindical que había desestimado esa petición y, por aplicación de la directiva establecida en el art. 19.8 de la OIT, propuse admitir la pretensión del reclamante con fundamento en los arts. 14 bis y 19 de la Constitución Nacional y en normas internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y supralegal (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, sentencia definitiva n° 72.667, 22/10/2010, “Sindicato Policial Buenos Aires c/Ministerio de Trabajo”, voto del juez Zas).

todo-, constatando la universalidad de los derechos humanos, en vez de su mera internacionalidad o constitucionalidad.

La noción de *jus cogens* está consagrada en el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en tanto “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Las normas del *jus cogens* obligan a todos los Estados y a los nacionales de dichos países, tienen carácter *erga omnes* y pueden ser reclamadas por cualquier persona o Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o ratificación¹⁴⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el principio de igualdad y no discriminación, inclusive en materia laboral, ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, en virtud de los argumentos que, en lo sustancial, expondremos seguidamente.

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El término discriminación hace referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.

El principio de igualdad y no discriminación posee carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en

149 Ermida Uriarte, Oscar, “La declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica”, en “Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur”, Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires los días 10 y 11 de diciembre de 2001, Asociación Argentina de Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires, 2002, p. 19/20.

el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7).

El concepto de *jus cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens* superviviente, al señalar que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. El *jus cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales.

En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional.

El principio de igualdad ante la ley, igual protección de la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, es-

tado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad o no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*¹⁵⁰

En el mismo sentido, caracterizada doctrina, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirma que la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades se encuentra recogida en una norma imperativa del Derecho Internacional General.

Así, la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituye en la etapa actual del Derecho Internacional un derecho humano laboral recogido en normas imperativas o de *jus cogens*. En otras palabras, es una prohibición que constituye el *jus cogens* laboral¹⁵¹

Como señalamos precedentemente (ver capítulo V) el derecho de acceso a la jurisdicción integra el *jus cogens*, máxime si el reclamo incoado es de naturaleza laboral.

Según Gialdino, el núcleo duro de todos y cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales, que conlleva a las obligaciones mínimas, apareja necesariamente que, al menos en esta medida, queden comprendidos en el ámbito del *jus cogens*¹⁵²

XVI

El principio de progresividad relativo a la obligación del Estado de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales y la prohibición de regresividad o de retroceso social también forma parte del bagaje teórico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Las fuentes normativas más importantes son el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el art. 26 de la Conven-

150 Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. citada en la nota 94.

151 Canessa Montejo, Miguel F., “Los derechos humanos laborales, el núcleo duro de derechos (*core rights*) y el *jus cogens* laboral”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, n° 72, p. 144

152 Gialdino, ob. cit. en la nota 1.

ción Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el art. 1 del Protocolo de San Salvador (PSS).

El art. 2.1 del PIDESC establece:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

El art. 26 de la CADH prescribe:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

El art. 1 del PSS dispone:

“Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

La obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y la Constitución Nacional imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos sociales. Desde la perspectiva del titular del derecho, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos sociales de los que goza desde la adopción de la norma que los consagre, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía de carácter sustantivo, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de adopción de la obligación internacional, y el nivel

de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora ¹⁵³

El PIDESC establece, como regla, la prohibición de retroceso, vale decir, de disminución del grado de protección que hubiesen alcanzado, en un determinado momento, los derechos económicos, sociales y culturales, máxime cuando la orientación de aquél no es otra que la “mejora continua de las condiciones de existencia”, según dispone su art. 11.1. Por otra parte, el art. 5.2 del PIDESC no justificaría un retroceso de la ley nacional por el hecho de que el tratado no previera el derecho en juego o lo enunciara en menor grado.

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) el objetivo general y la razón de ser del PIDESC es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en ese aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga ¹⁵⁴

En la Observación General N° 14 referida al derecho a la salud el CDESC precisó más su doctrina en los siguientes términos:

“Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enun-

153 Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, Courtis, Christian (compilador), Centro de Asesoría Laboral, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17/18.

154 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto), 14/12/1990.

ciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte¹⁵⁵

La Observación General N° 18 del CDESC relativa al derecho al trabajo ha reiterado este criterio hermenéutico:

“As for all other rights in the Covenant, there is a strong presumption that retrogressive measures taken in relation to the right to work are not permissible”¹⁵⁶

La Observación General N° 19 del CDESC relativa al derecho a la seguridad social profundiza el mencionado criterio en los siguientes términos:

“Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte. El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional”¹⁵⁷

155 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11/08/2000.

156 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 18, “El derecho al trabajo”, aprobada el 24/11/2005. Como señala acertadamente Gialdino en la op cit. en la nota 15, corresponde citar la versión inglesa, pues es la original y permite advertir que la traducción al castellano que proporciona la ONU es incorrecta: “*En cuanto a los demás derechos del Pacto, existe la intuición generalizada de que las medidas regresivas adoptas en relación con el derecho al trabajo no son permisibles*”.

157 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 19, “El derecho a la seguridad social (artículo 9), aprobada el 23/11/2007.

En febrero de 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de resolver un caso vinculado a la vulneración de la prohibición de regresividad en materia de pensiones.

En ese caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del art. 26 de la CADH, en cuanto el Estado peruano, al haber reducido el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, no habría cumplido el deber de dar el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, particularmente no les habría garantizado el desarrollo progresivo al derecho a la pensión.

El tribunal cimero americano, luego de afirmar que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva, señaló con un criterio muy discutible que su desarrollo progresivo "...se debe medir...en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente..."¹⁵⁸

Sin embargo, con posterioridad la Corte Interamericana modificó el aludido criterio, en los siguientes términos:

"...El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos "no podrá lograrse en un breve período de tiempo" y que, en esa medida "requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso

158 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 147.

adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos”

“Como correlato de lo anterior, se desprende un deber -si bien condicionado- de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que ‘las medidas de carácter deliberadamente re [gresivo] en este aspecto requerirán de la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto (Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga’. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá ‘determinar si se encuentra justificada en razones de suficiente peso’. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate...’¹⁵⁹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto varios casos a la luz de la prohibición de regresividad.

159 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú, sent. cit. en la nota 141, párr. 102 y 103. En la nota 89 del párr. 103 se lee en lo pertinente lo siguiente:

“De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *“en caso de que un Estado parte aduzca ‘limitaciones de recursos’ para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, [...] examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: a) el nivel de desarrollo del país; b) la gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo [...] y f) si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”*. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto, E/C.12/2007/1, 38 Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 10.

En la causa “Milone” el Supremo Tribunal Federal, confirmó la sentencia que, luego de declarar la inconstitucionalidad del art. 14.2.b de la ley 24.557 de riesgos del trabajo (LRT), norma que disponía el pago de la indemnización por incapacidad derivada de un accidente de trabajo mediante renta periódica, había ordenado que la misma fuese satisfecha mediante un pago único. En lo pertinente la Corte señaló:

“...Por su parte, el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, al establecer como atribuciones del Congreso de la Nación las de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, pone énfasis en determinados grupos tradicionalmente postergados, dentro de los cuales se menciona en forma expresa a las personas con discapacidad. Por tal razón una interpretación conforme con el texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta en el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada, en las circunstancias sub examine, por el mandato del art. 75, inc. 23, norma que, paralelamente, asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales. Así lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el art. 2.1 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con su art. 11, inc. 1, por el que los estados han reconocido el derecho de toda persona ‘a una mejora continua de las condiciones de existencia’...”¹⁶⁰

En el caso “Medina” la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley 24.557 de riesgos del trabajo (LRT) que excluía a los padres como derechohabientes de la indemnización por accidente de trabajo en caso de muerte del trabajador soltero sin otros derechohabientes. Los argumentos pertinentes del más alto Tribunal de Argentina fueron los siguientes:

“...En el contexto que precede se advierte también una retrogradación de derechos consagrados por normas fundamentales -previamente receptados en las leyes que regulaban su ejercicio [...], y que fueron abrogados [...] sin razones que lo legitimen, lo cual resulta inconcebible en el diseño constitucional moderno que consagra el principio de la progresividad de los derechos sociales, que tiene por función evitar el retroceso de aquello que es conducente al logro de la justicia social (art. 75, incisos 19, 22 y 23 de la C.N.; 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

160 C.S.J.N., “Milone c/Asociart S.A.”, sent. cit. en la nota 10.

y Culturales). Esta retrogradación fue señalada por la propia Corte al evaluar la LRT, afirmando que la reforma introducida por la norma que regula los infortunios laborales pone a ésta en un grave conflicto con un principio arquitectónico del derecho internacional de los derechos humanos en general, y del PIDESC en particular; agregando -con cita, incluso, del artículo 2.1 del Pacto y del Comité respectivo- que todo Estado Parte se compromete a adoptar medidas para alcanzar progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Tratado, puntualizando que aquéllas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Acuerdo y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga, derivándose una fuerte presunción contraria a que las medidas regresivas sean compatibles con el Pacto, sobre todo cuando su orientación no es otra -art. 11.1- que la mejora continua de las condiciones de existencia (v. Fallos: 327:3753, cons. 10, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni; y 328:1602).”

“Cabe recordar (...), que el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional fortalece la vigencia del principio de progresividad en materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica dé un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos (v. Fallos 328:1602, voto del ministro Maqueda)...”¹⁶¹

En el caso “Torrillo” el más Alto Tribunal admitió la posibilidad de imputar la responsabilidad prevista en el Código Civil a una aseguradora de riesgos del trabajo, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso que se demuestren los presupuestos de aquélla, con fundamento -entre otros- en el principio de progresividad, según lo establecido en los arts. 2.1 y 11.1 del PIDESC y en la doctrina establecida por el CDESC en la Observación general Nro. 14 ¹⁶²

En el caso “Pérez” la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c) de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según ley 24.700) que introdujo los llamados “beneficios sociales” con carácter no remunerativo y específicamente los “ticket canasta”. En lo pertinente señaló:

161 C.S.J.N., Fallos: 331:250, 26/02/2008, “Medina, Orlando Rubén y otro c/Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro”. Este criterio fue reiterado en Fallos: L. 257. XL, 03/06/2008, “Lescano, Demetrio y otro c/Estructuras Metalúrgicas Din S.A. y otro” y en B. 1013. XLIII, 25/08/2009, “Barberis, Nilda María y otro c/Adecco Argentina S.A. y otro”.

162 C.S.J.N., “Torrillo c/Gulf”, sent. cit. en la nota 26.

“...el concepto que emerge del citado artículo [1] del Convenio 95 de la OIT, del año 1949, ratificado por la Argentina, mediante el decreto-ley 11.594/56, fue recogido por el legislador nacional en oportunidad de sancionar en 1974 la Ley de Contrato de Trabajo, que en su art. 103 entiende por remuneración a ‘la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo’ (ley N° 20.744). Allí se advierte la coincidencia del texto internacional con el local.”

“Sin embargo, en el año 1996 se reformó la redacción original, y mediante la ley 24.700 se introdujo el art. 103 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, que incorpora los llamados ‘beneficios sociales’ con carácter no remunerativo y específicamente los ‘ticket canasta’ (inciso ‘c’). De este modo se alteró el esquema salarial con grave afectación del principio de progresividad de los derechos sociales, que tiene por función evitar el retroceso de aquello que es conducente al logro de la justicia social (art. 75, incisos 19, 22 y 23 de la C.N.; 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); máxime cuando la orientación que debe guiar la efectividad de los derechos de este último pacto no debe ser otra que la mejora continua de las condiciones de existencia (art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, v. Fallos: 327:3753, cons. 10, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni; y Fallos: 328:1602)...”¹⁶³

En el caso “Arcuri Rojas”, la Corte Suprema de Justicia acogió el reclamo de una jubilación por invalidez, invocando en lo pertinente lo siguiente:

“...Que la posibilidad de aplicar la nueva legislación a casos regidos por regímenes anteriores ha sido admitida por esta Corte en Fallos: 308:116 y 883; 310:995; 312:2250 y 316:2054, precedentes en los que se extendió la aplicación de una norma posterior a los casos en que la muerte del causante se había producido con anterioridad a su vigencia...”

“...Que sobre la base de la finalidad protectora de las disposiciones que regulan la seguridad social, esos fallos aplicaron la norma más favorable, exégesis que concuerda con el propósito del legislador de promover la progresividad de los derechos sociales, según ha sido preceptuado, más tarde, en el art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional y en diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en las disposiciones del inciso 22 del artículo mencionado...”

163 C.S.J.N., “Pérez c/Disco”, sent. cit. en la nota 26.

“...Que es el reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de esos derechos el que ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos en la materia (arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y considerando 10° del voto del Dr. Maqueda en Fallos: 328:1602)...”

“...Que sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir con la obligación establecida en el art. 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”), en cuanto exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustrajera de esa evolución a quienes en situación de total desamparo por aplicación de leyes anteriores que establecían un menor grado de protección, máxime cuando se encuentra demostrado que el causante y, por ende, su viuda, reúnen los requisitos necesarios para el reconocimiento de los derechos pretendidos, según han sido previstos en el actual esquema normativo...”¹⁶⁴

En un reciente pronunciamiento, donde acogió un reclamo incoado contra un decreto municipal que disponía la rebaja de las remuneraciones de los empleados públicos, la Corte Suprema ratificó y profundizó su doctrina respecto al principio de progresividad en los siguientes términos:

“...el principio de progresividad, el cual, para lo que interesa, impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente “regresivo” en materia de derechos humanos, tal como lo es el decreto 5/2003 impugnado, requieran la consideración “más cuidadosa”, y deban “justificarse plenamente”, v.gr., con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del “máximo de los recursos” de que el Estado disponga (Observación general N° 18, cit. párr. 21; asimismo, del citado Comité: Observación general N° 17 -párr. 27-y 19 -párr. 42- entre otras). En este sentido se alinean conocidos antecedentes de esta Corte (“Aquino”, cit., ps. 3774/3776; Madorrán”, cit., p. 2004; “Milone”, Fallos: 327:4697, 4619 -2004-; “Torrillo”, cit., p. 722; asimismo: “Medina, Orlando Rubén y otros c/Solar Servicios On Line Argentina S.A.”, Fallos: 321:250 y sus citas -2008-; “Silva, Facundo Jesús c/Unilever Argentina S.A.”, Fallos 330:5435, 5454 -2007- voto de los jueces Fayt y Petracchi; “Sánchez, María del Carmen c/ANSes”, Fallos: 328:1602, 1624/1625 -2005- voto del juez Maqueda). En términos idénticos, es

164 C.S.J.N., Fallos: 332:2454, 03/11/2009, “Arcuri Rojas, Elsa”.

dable agregar y destacar en esta oportunidad, debe entenderse el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atinente al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, según lo expresa la señera y cercana sentencia de la Corte IDH dictada en el Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú (excepción preliminar y fondo, 1-1-2009, Serie C N° 198, párrs. 102/103); asimismo: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n° 27/09, caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros - El Salvador, 20-3-2009, párr. 105 y ss.). Es de recordar, para este orden regional y el citado art. 26, que los Estados miembros de la OEA, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un “orden social justo”, convinieron en dedicar sus “máximos esfuerzos” a la aplicación, entre otros, del principio según el cual “el trabajo debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia” (art. 45.b).”

“En todo caso, ha de tenerse muy presente que existe una “fuerte presunción” contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el PIDESC, según lo proclama el mencionado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la recordada Observación general N° 18 (párr. 34), continuadora de doctrina ya enunciada en documentos análogos en otras materias (v.gr. Observación general N° 14 -párr. 32-, 15 -párr. 19-, 17 -párr. 27), así como también lo ha hecho esta Corte (“Medina”, cit., p. 259 y sus citas; v. asimismo: “Aquino”, cit., p. 3775, y “Silva”, cit., p. 5454). La regresividad, en suma, “contraría los postulados y el espíritu del corpus juris de los derechos humanos” (Caso Acevedo Buendía..., cit., voto del juez García Ramírez, párr. 21)...”¹⁶⁵

Se impone, por último, reiterar que en el trascendental fallo precitado, el Supremo Tribunal Federal agregó, en apoyo de su decisión que las llamadas “medidas de ajuste” derivadas de “crisis económicas” y una “grave escasez de recursos”, hacen que los esfuerzos de las autoridades por proteger los derechos económicos, sociales y culturales adquieran una urgencia “mayor, no menor”, y que la “protección” de las “capas vulnerables de la población” es, precisamente, “el objetivo básico del ajuste económico”. Señaló, además, la Corte Suprema que todo equilibrio entre las reformas económicas y la protección de los derechos humanos, obliga a proteger “en particular a los grupos más vulnerables”, cuanto más en el campo laboral y

165 C.S.J.N., “Asociación de Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26.

salarial, en el cual, todos los poderes públicos, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, “deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima” al art. 14 bis de la Constitución Nacional, tutela ésta que, por ende, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad ¹⁶⁶

XVII

La razón de ser de los derechos fundamentales es fijar ciertos límites al poder, de modo que el individuo tenga la posibilidad de reaccionar frente a los abusos que incidan en su esfera de libertad. Lo que ocurre es que en la tradición liberal sólo se contemplaba como hipótesis relevante la posible injerencia del Estado, dado que la Constitución le atribuía competencias cuyo ejercicio entraba en colisión tendencialmente, por su propia lógica, con esa esfera de autonomía individual. Pero, una vez que se toma conciencia del peligro potencial que entrañan las posiciones de prepotencia de algunos sujetos formalmente privados, no parece que haya razones de peso para discriminar entre atentados imputables a los poderes públicos y atentados cometidos por particulares ¹⁶⁷

El poder privado aflora como tal en aquellas situaciones caracterizadas por “una disparidad sustancial entre las partes”. Esta falta de “simetría” permite que la parte que por razones económicas o sociales se encuentra en “posición dominante” condicione la decisión de la parte “débil”. Lo que se ejerce en estos casos es un poder que es privado en lo que concierne a su fuente y a los sujetos implicados, pero cuyo acto de ejercicio se realiza, sin embargo, con formas de coacción y autoridad asimilables sustancialmente a las categorías propias de poderes de derecho público. Cuando esta posición dominante se institucionaliza estamos en presencia de un verdadero poder de “supremacía privada”, que asume una “relevancia social” y, en última instancia, pública, relegando a la contraparte a una posición de virtual “sujeción”, cuando no de “indefensión” ¹⁶⁸

166 C.S.J.N., “Asociación de Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26.

167 Bilbao Ubillos, Juan María, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997, p. 326.

168 Bilbao Ubillos, ob. cit. en la nota 166 y la citada en su nota 27, p. 245.

No cabe sorprenderse de que la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la “Drittwirkung” de los derechos fundamentales haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales. Esta doctrina nace precisamente en los tribunales laborales y sigue encontrando entre los cultivadores de esta disciplina los más firmes apoyos.

La empresa, como organización económica, estructurada jerárquicamente, genera una situación de poder y, correlativamente, otra de subordinación del trabajador, en cuyo marco los poderes del empresario constituyen una amenaza potencial para los derechos fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de éste en la ejecución de la prestación laboral ¹⁶⁹

En Europa, el detonante que hizo estallar la polémica, colocando la cuestión en primer plano, fue la formulación por H. C. Nipperdey de la doctrina de la “Drittwirkung der Grundrechte” (“la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales”), una tesis que encontró eco en la jurisprudencia del Bundesarbeitsgericht (el Tribunal Federal de Trabajo alemán) y, más concretamente, de la Sala Primera que él mismo presidía.

Nipperdey, prestigioso especialista en Derecho Civil y Laboral, es consciente de que en la sociedad de masas determinados grupos disponen de importantes parcelas de poder social y económico, un poder que es capaz de afectar intensamente un gran número de individuos en aspectos relevantes de su vida. A su juicio en la Ley Fundamental se enuncian una serie de derechos, como la libertad de circulación, la libertad de reunión, la inviolabilidad del domicilio, o el derecho de asilo, que sólo vinculan a los poderes públicos. Pero existen también preceptos que reconocen derechos fundamentales que garantizan a cada ciudadano un “status socialis”, una esfera de libertad constitucionalmente protegida frente a los prepotentes “Sozialmachte”. Y menciona, entre otros, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, el principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres, la prohibición de discriminación, la libertad de conciencia, la libertad de asociación y el secreto de las comunicaciones. Cuando Nipperdey preconiza a principios de los 50 del siglo 20 la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, lo que propone es una solución provisional (la aplicación directa por los jueces), ante la evidencia de que el Bundestag (el primero se eligió en 1949) no estaba dispuesto a desarrollar legislativamente en todos los campos el programa recogido en la Cons-

169 Bilbao Ubillos, ob. cit. en la nota 166, p. 246/7.

titución. A tal efecto, el jurista alemán adoptó un concepto de Constitución como un orden de valores del que se pueden extraer directamente reglas para resolver jurídicamente casos concretos ¹⁷⁰

La primera sentencia en que se sugiere esa relevancia directa en las relaciones inter privados es de 3 de diciembre de 1954. En ella se recoge la afirmación de que los derechos fundamentales contienen “principios ordenadores para la vida social”, de carácter vinculante, que tienen una “significación inmediata” (“unmittelbare-Bedeutung”) para el tráfico jurídico privado, por lo que ningún negocio o acto jurídico privado puede estar en contradicción con lo que se podía llamar la estructura de un determinado ordenamiento, con sus principios básicos ¹⁷¹

Defender la tesis de la eficacia inmediata frente a terceros es afirmar la virtualidad directa, sin mediaciones que concreten los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, frente a las violaciones procedentes de sujetos privados.

Si se toma en serio el carácter normativo de la Constitución (la “Drittwirkung” sería algo así como la última frontera de la Constitución normativa) no se puede negar, a limine y categóricamente, cualquier atisbo de eficacia directa en tal sentido.

Como señalamos precedentemente (ver capítulo V), ya la Corte Suprema había destacado enfáticamente casi cuatro décadas antes de la reforma constitucional de 1994, que nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad ¹⁷²

El Supremo Tribunal Federal afirmaba al resolver el citado caso:

“...Además de los individuos humanos y el Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales.”

170 Bilbao Ubillos, ob. cit. en la nota 166, p. 271 y nota 86.

171 Bilbao Ubillos, ob. cit. en la nota 166, p. 272 y nota 87.

172 C.S.J.N., “Samuel Kot S.R.L.”, sent. cit. en la nota 24.

“Si en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea, los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos frente a tales organizaciones colectivas, nadie puede engañarse que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución y, con ella, la del orden jurídico fundamental del país...”¹⁷³

La doctrina de la eficacia inmediata implica que, con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como “razón primaria y justificadora” (no necesariamente la única) de una determinada decisión. Es decir, no como “regla hermenéutica, sino como norma de comportamiento apta para incidir también en el contenido de las relaciones entre particulares”.

La existencia de una norma legal que reitera expresamente la regla o el principio enunciado en la Constitución no es óbice para que pueda hablarse de aplicación directa de la norma constitucional y de eficacia inmediata del derecho fundamental. La función del legislador es, en estos casos, declarativa, no constitutiva¹⁷⁴

El reconocimiento de la eficacia inmediata entre particulares es una especie de cláusula de cierre del sistema de protección de los derechos fundamentales. Esta tutela derivada directamente del texto constitucional colmaría las lagunas de la regulación legal, cubriendo supuestos no contemplados específicamente, y supliría también las limitaciones de los instrumentos de control propios del Derecho privado. La experiencia indica que los dispositivos genuinamente privados ofrecen protección “genérica” y “fragmentaria”, por lo que se hace necesario en no pocos casos acudir directamente a las garantías constitucionales¹⁷⁵

El mandato primero que los jueces argentinos reciben de la Constitución que juran cumplir es el de asegurar el goce y pleno ejercicio de las garantías superiores para la efectiva vigencia del estado de derecho¹⁷⁶

Donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la

173 C.S.J.N., “Samuel Kot S.R.L.”, sent. cit. en la nota 24.

174 Bilbao Ubillos, ob. cit. en la nota 166, p. 327.

175 Bilbao Ubillos, ob. cit. en la nota 166, p. 328 y autores citados en las notas 225/229.

176 C.S.J.N., Fallos: 329:5266, 21/11/2006, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia”

Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías ¹⁷⁷

La ausencia de norma legal que contemple los derechos fundamentales no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados. Basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias. En apoyo de tal afirmación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que ya a fines del siglo XIX señalaba Joaquín V. González: “No son, como pude creerse, las ‘declaraciones, derechos y garantías’, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina” (“Manual de la Constitución Argentina”, en “Obras completas”, vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr., además, núms. 89 y 90) ¹⁷⁸

Los derechos constitucionales tienen un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último.

Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28, CN), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los

177 C.S.J.N., “Ekmekdjian c/Sofovich y otros”, sent. cit. en la nota 7, entre otras.

178 C.S.J.N., Fallos: 332:111, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873- dto. 1563/04”.

enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23).

*El mandato que expresa el art. 14 bis de la Constitución Nacional se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto*¹⁷⁹

En materia de derechos humanos laborales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado expresamente que por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares, en el marco de la relación laboral privada el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores¹⁸⁰

En materia de derechos humanos, rige una presunción de autoejecución o autoaplicabilidad (*self-executing*) de las normas sustantivas contenidas en los tratados respectivos, excepto si contienen una estipulación expresa de su ejecución por medio de leyes subsecuentes, que condicionen enteramente el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

En el mismo sentido, Barbagelata afirma que no es razonable atribuir a los redactores de un instrumento internacional sobre derechos humanos el propósito de introducir disposiciones desprovistas de efectividad, por lo que hay que convenir que la autoejecución y la autoaplicabilidad deben presumirse. Esa presunción sólo cedería ante la imposibilidad absoluta de darle esos efectos a las disposiciones en cuestión, sea porque no se logra, por el momento, atribuirles un contenido concreto, o porque se remiten a reglamentaciones o implementaciones que deben ser producidas por el derecho interno¹⁸¹

El art. 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:

“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

179 C.S.J.N., “Vizzoti c/Amsa S.A.”, sent. cit. en la nota 26.

180 Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. citada en la nota 94.

181 Barbagelata, ob. cit. en la nota 2, p. 248.

El contenido y alcance de la apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales y de la relación complementaria entre ambos órdenes jurídicos, dependen no sólo del entramado técnico jurídico que las sustenta, sino de la voluntad de los operadores jurídicos, incluidos los jueces, de su conciencia jurídica respecto a la necesidad o no de hacer plenamente efectivos esos derechos, de los condicionamientos económicos, sociales y culturales, y de las concretas relaciones de poder en el seno de la sociedad, tanto a escala nacional, como regional y mundial.

Por otra parte, como señala Ramos Filho, comprendiendo el carácter ambivalente del Derecho Capitalista del Trabajo -que, atribuyendo derechos a la clase trabajadora, legaliza la explotación y la subordinación de los trabajadores, no solamente al poder del empleador, sino también a la forma de vida propuesta por el modo de producción y orienta la distribución social de la riqueza-, la clase trabajadora, en varios países, actualmente retoma importantes procesos de lucha y de movilización con la finalidad de materializar conquistas concretas en la regulación estatal de las relaciones de trabajo y en las condiciones de vida de los pueblos ¹⁸²

Esa tensión de intereses contrapuestos y su desenlace en cada momento histórico contribuyen también a explicar el contenido y el alcance del Derecho Universal de los Derechos Humanos Laborales y su efectiva aplicación en el orden nacional, regional y universal.

182 Ramos Filho, Wilson, "Direito Capitalista do Trabalho. História, Mitos e Perspectivas no Brasil", LTr, Sao Paulo, Brasil, 2012, p. 465.

ANÁLISE DOGMÁTICA NOS TRIBUNAIS DO TRABALHO BRASILEIROS SOBRE A PROVISORIEDADE DA ALTERAÇÃO DO LOCAL DE TRABALHO NO PAÍS E A INCIDÊNCIA DO ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA

Ricardo Nunes de Mendonça¹
Ana Paula Nunes Mendonça²

INTRODUÇÃO

Nesse artigo objetiva-se analisar quais são os principais critérios temporais utilizados pela jurisprudência trabalhista brasileira para julgar uma transferência como sendo provisória ou definitiva, eis que inexistem parâmetros legais para a identificação da provisoriedade da alteração contratual do local da prestação de serviços e, por conseguinte, visa compreender qual é o suporte fático do adicional de transferência.

A premissa teórica para a análise dogmática que se pretende fazer é a de que o Direito do Trabalho brasileiro contemporâneo está permeado das ideologias que sustentam o capitalismo, por serem as legitimadoras das escolhas legislativas e das escolhas individuais e coletivas do modo de viver prescrito por esse sistema³. Essas ideologias permeiam a relação entre capital e trabalho e sustentam o modo de

1 Graduado em Direito pela UFPR. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC/PR. Mestre em Direito pela PUC/PR. Professor de Direito Processual do Trabalho na Unibrasil. Advogado.

2 Graduada em Direito pela UniCuritiba e em Letras pela UFPR. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela EMATRA/PR. Mestre em Direito pela Unibrasil. Advogada do SESC/PR.

3 Sobre o assunto, vide: RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.

produção capitalista, justificando determinado modo de subordinação e, reflexamente, legitimando determinadas tutelas e garantias estatais às relações laborais.

Ao assim proceder, o Direito do Trabalho ordena também as funções de empregadores e empregados, atribuindo-lhes seus papéis sociais e passa a ser a partir de então mais um instrumento funcional do capitalismo, sendo que as normas favorecerão “mais a classe que compra o trabalho quanto menor for a capacidade de resistência da classe que vende a força de trabalho em relação àquela, independentemente do tipo de intervencionismo aplicado.”⁴

A asserção supra não significa a ignorância quanto ao fato de que há garantias estatais no Direito do Trabalho que também decorreram das reivindicações sociais oriundas dos movimentos dos trabalhadores⁵ e que, de fato, são capazes de minorar a exploração do empregado. O que se defende é que essa proteção estatal positivada no Direito do Trabalho não serve tão-somente ao fim de proteger o empregado hipossuficiente de uma relação naturalmente desequilibrada. Serve, acima de tudo, a legitimar um estilo de vida preconizado pelo capitalismo. O Direito do Trabalho possui assim, uma ambivalência tutelar⁶, o que também se evidencia nas hipóteses legais de transferência e do pagamento do adicional de transferência, matéria objeto do presente ensaio.

Posto esse introito e aporte teórico da reflexão, consigne-se que o artigo será estruturado em três partes. Na primeira parte, serão feitas considerações preliminares sobre as possibilidades lícitas de promoção da alteração do local da prestação do trabalho, no país, fazendo referência ao suporte normativo que trata da regra da inamovibilidade e das exceções legais que possibilitam a alteração do contrato de trabalho unilateralmente pelo empregador para modificar onde o empregado deverá prestar seus serviços.

4 Ibidem. p. 352.

5 Em 1906 realizou-se o primeiro Congresso Operário do Brasil contendo em pauta de discussão a limitação da jornada de trabalho de oito horas, o que fora normatizado anos mais tarde.

6 Wilson Ramos Filho assevera que “Em sua ambivalência tutelar, o Direito Capitalista do Trabalho efetivamente resguarda a classe trabalhadora de uma exploração desenfreada, todavia, ao mesmo tempo organiza tal exploração, legitimando-a, atribuindo à classe trabalhadora um ‘lugar’ na sociedade: a de classe subordinada ao poder patronal e à maneira de existir proposta pelo capitalismo, mediante ‘compensações’ estabelecidas pelo Direito estatal, num processo contínuo de justificação.” In: RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. p. 127-128.

Postos os principais argumentos sobre a licitude da transferência no país no âmbito do contrato de trabalho, a segunda parte do artigo versará sobre o principal efeito pecuniário decorrente da alteração do local da prestação de serviços, que é o pagamento do adicional de transferência, a fim de compreender qual é o suporte fático desse acréscimo salarial, compreendendo quando a sua incidência é ou não devida. Justamente nesse aspecto é que reside a controvérsia sobre a provisoriedade temporal que implica o pagamento do adicional.

Com esse aporte teórico, na terceiraparteé que se analisará efetivamente os diferentes argumentos das decisões dos Tribunais do Trabalho Brasileiros sobre a definição do critério temporal caracterizador da provisoriedade das alterações dos locais de trabalho, buscando, com isso, apresentar uma reflexão crítica sobre a conjecturável consequência do critério do limite temporal de 3 (três) anos para caracterização da provisoriedade da transferência, adotado majoritariamente pela jurisprudência atual, servir de fundamento para desvirtuar a finalidade do adicional de transferência previsto no ordenamento jurídico pátrio.

1. A ALTERAÇÃO DO LOCAL DE TRABALHO NO PAÍS

O contrato de trabalho tem como regra a inamovibilidade, por força do disposto no *caput* do art. 469 da CLT que dispõe que “ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.”

A regra que impõe a inamovibilidade ao contrato de trabalho é uma tutela estatal às relações laborais que merece destaque. Isso porque ao positivar que é vedado ao empregador obrigar que o empregado trabalhe em local diverso daquele previsto no contrato de trabalho, sem a sua anuência, o ordenamento jurídico reconhece que sopesando as necessidades empresariais de distribuição do serviço e o direito fundamental do empregado de possuir relações sociais e vínculos em um local, prevalece este valor, em regra.

Destaque-se, por oportuno, que essa norma da inamovibilidade integrante do direito do trabalho vincula-se diretamente a um dos aspectos do suporte fático amplo do direito fundamental ao trabalho, que além da visão do trabalho como meio de subsistência, inclui a concepção de que contemporaneamente o trabalho é

fundamental para existência humana na sua dimensão filosófica, por ser também um dos meios pelo quais as pessoas se expressam e constroem a sua subjetividade⁷. Ademais, no momento em que o empregado presta serviços além de intercambiar sua força física por uma contraprestação financeira, também está desenvolvendo sua personalidade e, portanto, tem o direito a ser respeitado como pessoa, com dignidade e não somente como um objeto.

De todo modo, da leitura da regra em comento conclui-se que, em regra, a bilateralidade é essencial à alteração do local da prestação dos serviços, podendo o empregado opor-se à determinação unilateral, valendo-se da faculdade prevista no art. 659, IX da CLT.

Da análise ainda mais acurada do *caput* do art. 469 da CLT conclui-se que há dois aspectos legais para a caracterização da alteração do local do trabalho como modificação circunstancial relevante para o ordenamento jurídico: a anuência do empregado e a necessária mudança de domicílio. Em relação a esses dois aspectos, insta tecer considerações necessárias à plena compreensão do objeto do presente artigo.

Em relação à condicionante que prevê a necessidade da aquiescência do empregado para a licitude da transferência, não se pode sonegar que os parágrafos seguintes ao *caput* da regra predita contemplam exceções à proibição, permitindo ao empregador promover a alteração do local de trabalho que implique mudança de domicílio do empregado, dentro do país, a par da anuência do empregado, quando a) tratar-se de empregado detentor de cargo de confiança (§1º, art. 469, CLT); b) houver cláusula de transferibilidade (§1º, art. 469, CLT); c) houver a extinção

7 Nesse sentido, Leonardo Vieira Wandelli defende "(...) O trabalho desta maneira, é visto apenas no aspecto parcial de um meio de satisfação de outras necessidades, nos limites da relação de alienação do trabalho. Perde-se, porém, a percepção do direito ao trabalho ele mesmo, de que o trabalho – inclusive, mas não só, o trabalho assalariado – não é só meio de subsistência, mas é em si uma via de realização da pessoa, de desenvolvimento criativo da sua corporalidade, de expressão e exteriorização, de humanização do mundo, de participação societária e de construção da subjetividade pelo reconhecimento." In: WANDELLI, Leonardo Vieira. O direito ao trabalho como direito humano e fundamental: elementos para sua fundamentação e concretização. p. 363. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humano%20e%20fundamental\(leonardo%20wandelli\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humano%20e%20fundamental(leonardo%20wandelli).pdf?sequence=1)>. Acesso em 17 ago.2012. p. 363.

do estabelecimento (§2º, art. 469, CLT)⁸ e d) houver comprovada necessidade do serviço (§3º, art. 469, CLT).

Ressalve-se que a par das quatro situações acima tipificadas serem hipóteses legais autônomas, a evolução do entendimento jurisprudencial impôs que a real necessidade do serviço é condição necessária para justificativa da hipótese de transferência do empregado detentor de cargo de confiança ou que contenha contrato com cláusula de transferibilidade, presumindo-se “abusiva a transferência de que trata o §1º do art. 469 da CLT, sem a comprovação da necessidade do serviço”, a teor do disposto na Súmula n.º 43 do TST.

Ainda, destaque-se que em relação à necessidade da anuência do empregado para caracterização da transferência há hipóteses fáticas em que a transferência visa a atender o efetivo interesse do trabalhador, que, por motivos alheios ao contrato de trabalho, propõe e aceita a alteração do local do trabalho para município diverso do previsto no contrato primitivo, para conciliar interesses privados e particulares com o labor, presumindo-se lícita tal transferência, desde que não haja vício na manifestação de vontade e haja manifesta comprovação do interesse extracontratual do empregado, entendendo-se como válidos os efeitos contratuais previstos pelas partes na negociação⁹.

Já em relação à condicionante que impõe a mudança de domicílio como aspecto para caracterização da transferência, registre-se que o termo “domicílio” utilizado na CLT difere do seu uso semântico do Código Civil, conforme a interpretação da doutrina e jurisprudência trabalhista, sendo exigível para os fins do

8 Amauri Mascaro Nascimento critica a hipótese legal de licitude de transferência unilateral quando houver a extinção do estabelecimento em que trabalharem os empregados, pelos prejuízos para vida familiar e social do empregado, entendendo que seria mais oportuno a lei ter facultado ao empregado optar pela rescisão do contrato de trabalho, sem prejuízo dos direitos que teria no caso de dispensa imotivada. (In: *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1120.)

9 Nesse sentido, vale destacar o entendimento doutrinário de Amauri Mascaro Nascimento: “Não é abusiva a transferência bilateral, desde que resulte de verdadeira manifestação de vontade do empregado, às vezes até por iniciativa do trabalhador, caso em que os seus efeitos contratuais serão aqueles determinados pelas duas partes de comum acordo, quer efeitos salariais, quer relativos à duração da transferência – provisória ou definitiva – etc. Não há maiores razões para que haja interferência legal quando a transferência é provocada pelo trabalhador, ou de iniciativa do empregador mas com a plena concordância daquele.” (In: *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1119)

assunto em comento tão somente a mudança que importe a alteração de residência do empregado. Assim sendo, não se considera transferência a que não acarretar necessariamente a mudança de domicílio/residência do empregado, para além dos limites do Município em que habita, sendo que a mudança circunstancial para local de trabalho mais distante da residência que não provoque necessariamente a sua mudança dará ensejo tão somente ao dever do empregador suprir os gastos suplementares decorrentes da ampliação da distância entre o novo local de trabalho e a residência, consoante o disposto na Súmula n.º 29 do TST¹⁰.

Ocorrendo, pois, uma transferência lícita, nos termos legais supramencionados, impõe-se ao empregado a obrigação do cumprimento da mudança do local de prestação de serviços, podendo decorrer efeitos pecuniários desta alteração contratual, mormente em relação à obrigação do empregador pagar a) o adicional de transferência previsto no art. 469 da CLT, com natureza salarial e b) a ajuda de custo por transferência previsto no art. 470 da CLT, com natureza indenizatória, pago, em regra, por meio de diárias ou ajudas de custo de natureza não salarial. No presente texto, far-se-á referência tão somente à hipótese de incidência do adicional de transferência, nos termos da exposição que segue.

2. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA E A PROVISORIEDADE

A questão que emerge é a definição do suporte fático do adicional de transferência previsto no art. 469, §3º da CLT que prevê o “pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento), dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação.” Destaque-se, por oportuno, que o referido adicional tem natureza salarial, como salário-condição, integra-se à remuneração para todos os fins e tendo como base de incidência o salário mensal acrescido das demais verbas de natureza salarial¹¹, majora-se junto com este.

10 Súmula nº 29 do TST. TRANSFERÊNCIA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Empregado transferido, por ato unilateral do empregador, para local mais distante de sua residência, tem direito a suplemento salarial correspondente ao acréscimo da despesa de transporte.

11 Nesse sentido, vide ementa jurisprudencial: TRT-PR-08-03-2013 ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. O adicional de transferência deve ser pago em valor nunca inferior a 25% dos salários (artigo 469, § 3º, da CLT), ou seja, salário básico acrescido das demais verbas de natureza salarial, como, por exemplo, o adicional por tempo de serviço, as comissões e

O entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, a par de haver entendimento em sentido contrário, é no sentido de que o adicional de transferência é devido nas hipóteses lícitas de transferência, inclusive nos casos em que o empregado é detentor de cargo de confiança e em que haja contrato de trabalho com cláusula implícita ou explícita de transferibilidade, incidindo, de todo modo, tão somente nas hipóteses de transferências provisórias, tendo em vista a parte final da regra legal que dispõe sobre o cabimento do adicional “enquanto durar essa situação” de transferibilidade.

Esse entendimento, inclusive, está expresso na OJ n.º 113 da SDI-I do TST que assim dispõe: “O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória.”¹²

Ressalve-se, todavia, o posicionamento – não hegemônico, é bem verdade - no sentido de que o adicional de transferência é devido ao empregado transferido, enquanto perdurar a condição, o que não significa, necessariamente, sinônimo de provisoriedade na acepção do verbete sumular predito, afinal, se o adicional só é devido quando a transferência não for definitiva, há que se esperar tempo indefinido para que se possa averiguar se houve ou não tal condição e só depois, segundo um juízo de valor absolutamente abstrato e questionável, deferir ou não o pagamento da verba em debate.

a gratificação de função. Recurso da parte autora a que se dá provimento. (TRT-PR-03024-2011-662-09-00-8-ACO-07496-2013 - 6A. TURMA. Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI. Publicado no DEJT em 08-03-2013).

- 12 Nesse sentido, manifesta-se a Jurisprudência do TRT/PR: VÍNCULO DE EMPREGO COM GRUPO ECONÔMICO. EMPREGADO URBANO. INVIABILIDADE. (...) ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. PROMOÇÃO DO EMPREGADO. A transferência acompanhada de promoção do empregado visa atender, em primeiro plano, a uma necessidade do empregador. A hipótese, portanto, não exclui o direito ao correspondente adicional, vinculado que está, restritamente, ao fato de a prestação de serviços ter ocorrido em local diverso daquele da contratação, com mudança de domicílio e em caráter provisório. A necessidade do serviço apenas autoriza a transferência, caso exista tal condição no pacto laboral, implícita ou explicitamente, conforme § 1º do art. 469 da CLT; contudo, não exclui a obrigatoriedade do pagamento do respectivo adicional em sendo o caso, ou seja, na hipótese da presença legal dos requisitos necessários. Recurso ordinário da primeira reclamada a que se nega provimento. (TRT 9ª R.; RO 847-76.2010.5.09.0001; 7ª T.; Rel. Des. Ubirajara Carlos Mendes; DEJTPR 07/06/2013)

Logo, dentro desta lógica, a norma não cumprirá seu desígnio, pois a mudança de domicílio, de condição de vida e de cultura do empregado e dos seus, condições mais gravosas que atraem a percentagem, já terão se perpetuado, e, sendo assim, o adicional não será ou só será pago a destempo, e não *enquanto durar essa situação*, dependendo, via de regra, da ação heterocompositiva do Estado-juiz.

A despeito disso, o ponto de consenso entre os juristas é de que o adicional de transferência não é devido quando não houver a necessidade de mudança de domicílio do empregado¹³, conforme exposto no item supra do presente ensaio e consoante o disposto na Súmula n.º 29 do TST e também não é cabível nas hipóteses em que a motivação da transferência é o desiderato do empregado para atender seus interesses privados.

Considerando que o posicionamento majoritário é de que o pressuposto do adicional é a provisoriedade da transferência, revela-se outra problemática: a de se definir um critério para se compreender se a transferência é provisória ou permanente, mormente porque o legislador absteve-se de se manifestar sobre um critério para definição de tais situações.

Em que pese inexoravelmente dentro da lógica do capital e da ideologia hegemônica, a doutrina e a jurisprudência ainda não convergem sobre a definição de um critério uno a definir a provisoriedade da mudança apta a ensejar o pagamento do adicional de transferência. Alice Monteiro de Barros entende que o prazo de 1 (um) ano é o marco temporal limite para caracterizar a provisoriedade da transferência, pelas razões que seguem:

(...) A doutrina tem lançado mão da analogia para considerar provisória a transferência que dure até um ano, com fundamento no art. 478, §1º, da CLT, segundo o qual o primeiro ano de duração do contrato de trabalho é considerado como período de experiência (cf. Nélío Reis apud Octavio Bueno Magano. Lineamentos de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1972, p. 42). Logo, se o empregado, qualquer que seja,

13 Nesse sentido, é a jurisprudência do TRT/PR: TRT-PR-17-09-2013 ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. MUDANÇA DE DOMICÍLIO NÃO CARACTERIZADA. A mudança de domicílio é elemento primordial à caracterização de transferência, a teor do “caput” do art. 469 da CLT. Assim, comprovado que o Autor não alterou seu domicílio, indevido o adicional perseguido. Recurso ordinário do Reclamante a que se nega provimento, neste aspecto. (TRT-PR-03696-2012-021-09-00-0-ACO-37005-2013 - 7A. TURMA. Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES. Publicado no DEJT em 17-09-2013)

for transferido, permanecendo em seu novo posto por lapso inferior a 12 meses, fará jus ao recebimento do referido adicional.¹⁴

Já Mauricio Godinho Delgado compreende que o melhor critério para definição de provisoriedade da transferência é aquele que se contrapõe ao critério de definitividade, compreendendo como definitiva a transferência cuja causa, o conteúdo e a validade não possam ser questionáveis, de tal sorte que provisória seria a mudança ocorrida no curso do contrato de trabalho cuja temporalidade do ato possibilitasse aferir a causa, o conteúdo e a validade da transferência. Dito de outro modo: se a transferência aconteceu no período prescrito, tem-se por definitiva a transferência e, a contrário senso, se a transferência ocorreu no lapso imprescrito, será considerada provisória. Nesse sentido, segue a manifestação jurídica do autor:

Neste debate, o melhor critério – por transparente e objetivo – parece-nos aquele que contrapõe a noção de provisoriedade à de definitividade: definitiva é aquela alteração que se estabilizou plenamente no contrato, de modo que sua causa, conteúdo e validade não podem mais ser sequer questionados e aferidos; em contraponto, provisória é aquela mudança ainda precária na história do contrato, uma vez que sua causa, conteúdo e validade podem ser questionados e aferidos. Assim, definitiva será a modificação circunstancial que tenha se produzido já no período prescrito do contrato, ao passo que provisória será aquela transferência que tenha ocorrido no período contratual não prescrito. Efetivando-se a remoção no período imprescrito, será, desse modo, considerada provisória, para os fins do art. 469, § 3º, da CLT.¹⁵

Outros não menos importantes teóricos enunciam critérios particulares, distintos dos preditos, e que contribuem para a celeuma e incompreensão do tema.

De todo modo, tem prevalecido no âmbito jurisprudencial o entendimento de que devem ser entendidas como provisórias as mudanças sequenciais no contrato

14 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 681.

15 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 996.

de trabalho ou, independente dessa situação, a mudança que não tenha importado a permanência por mais de 3 (três) anos do empregado no novo local de trabalho, conforme decisão do C. TST nos autos RR – 479800-45.2000.5.12.0004, cuja ementa contém expressa referência ao caráter temporal objetivo:

(...) 4. TRANSFERÊNCIA POR PERÍODO SUPERIOR A TRÊS ANOS – DEFINITIVIDADE – ADICIONAL DEVIDO – ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 113 DA SBDI-1. Consoante o disposto na Orientação Jurisprudencial nº 113 da SBDI-1 do TST, o pressuposto legal apto a legitimar a percepção do adicional de transferência é a sua provisoriedade. Por outro lado, o entendimento desta Corte Superior, externado por seu órgão uniformizador de jurisprudência “interna corporis”, a SBDI-1, segue no sentido de que a transferência por período superior a três anos equívale à transferência definitiva. Nesse contexto, a decisão proferida pelo Tribunal “a quo” merece reforma, no sentido de adequar-se à jurisprudência desta Corte Superior. (...) (TST - RR – 479800-45.2000.5.12.0004 – 8ª Turma – Min. Relatora: Dora Maria da Costa. Publicado no DEJT em 07-04-2009).

Postos tais critérios sucintamente, passa-se à análise dogmática dos principais argumentos utilizados pela Jurisprudência dos Tribunais do Trabalho Brasileiros para definir a provisoriedade da transferência e, por conseguinte, a incidência do adicional de transferência.

3. ANÁLISE DOGMÁTICA NOS TRIBUNAIS DO TRABALHO BRASILEIROS

Como anunciado previamente, o entendimento majoritário da jurisprudência dos Tribunais do Trabalho é no sentido de caracterizar como provisória a mudança sequencial de locais de trabalho ou uma transferência que perdure até 3 (três) anos. Em relação a este critério temporal objetivo eleito, desenvolveu-se uma construção argumentativa fundamentada no sentido de que esse seria o tempo razoável para que o empregado e sua família pudessem adaptar-se ao novo ambiente social e constituir novas relações sociais. Nesse sentido, vale citar precedente jurisprudencial:

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. É preciso alertar para a evidência de o § 3º do artigo 468 da CLT não conceituar o que seja transferência provisória ou definitiva. Mesmo assim, para se identificar uma e outra dessas modalidades de transferência, é imprescindível a utilização do fator tempo. Embora esse posicionamento reflita ampla subjetividade do intérprete, não se pode considerar definitiva transferência que dure menos de três anos, na esteira do que ministra a experiência do dia a dia de que nessa hipótese são fortes os vínculos do empregado com o município onde iniciara o trabalho. Tendo por norte o fato de a transferência para Mariópolis ter durado menos de três anos e a de Palmas mais de três anos, não pairam dúvidas de a primeira se identificar pela provisoriedade e a segunda, pela definitividade. Desse modo, resta evidenciado que a segunda transferência se distingue da primeira pela sua definitividade, implicando no descabimento do adicional, por conta do que preconiza a OJ 115 (*sic*) da SBDI-I. Recurso parcialmente provido. (TST-RR-31/2002-072-09-00.5, Rel. Min. Barros Levenhagem, 4ª Turma, DJ de 3.2.2006)

A jurisprudência do E. TRT da 9ª Região (PR) também oscila e ora se manifesta nesse sentido:

TRT-PR-16-08-2013 ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. CRITÉRIOS DE APURAÇÃO DA DEFINITIVIDADE OU PROVISORIEDADE. Em que pese inexistir parâmetros legais aptos a considerar uma transferência como sendo provisória ou definitiva, a jurisprudência vem adotando critérios objetivos para a identificação de tal situação, considerando como permanente e definitiva a transferência que ultrapassar 03 (três) anos na localidade de destino, salvo se no caso concreto restar comprovada a realização de diversas transferências ao longo do contrato que denotem provisoriedade. (TRT-PR-29843-

2012-651-09-00-2-ACO-32315-2013 - 4A. TURMA. Relator: LUIZ CELSO NAPP. Publicado no DEJT em 16-08-2013)¹⁶

Ora no seguinte:

6057954 – I-ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA – DEFINITIVIDADE – Pouco importa se a transferência do empregado revestia-se de suposto caráter de definitividade, sendo devido o adicional mesmo nesta hipótese. Sucede que, no curso do contrato de trabalho, sempre haverá a possibilidade de novas transferências, não existindo no nosso ordenamento jurídico elementos legais a delinear a situação, tornando-se impossível definir se a transferência é definitiva ou não ii-adicional de transferência. Previsão contratual. A existência de cláusula no contrato de trabalho, possibilitando a transferência, apenas impede o empregado de resistir ao ato, havendo necessidade de serviço. No entanto, o direito ao adicional permanece. Incidência da orientação jurisprudencial nº 113 da sdi-i do c. Tst. (TRT 9ª R. – Proc. 00451-2001-091-09-00-9 – (00363-2004) – Rel. Juiz Celio Horst Waldruff – DJPR 23.01.2004)

Já o TRT da 7ª Região (CE) adotou como argumento para (in)deferimento do adicional de transferência o critério temporal de 2 (dois) anos, conforme se infere do excerto da ementa que segue:

I. RECURSO DO RECLAMANTE ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. O elemento definidor do pagamento do adicional de transferência é a provisoriedade e/ou definitividade da remoção do empregado (oj nº 113 da sdi-1 do tst). Não há norma que estabeleça qual o período máximo de duração para que a transferência seja considerada provisória, embora a sbdi-1 tenha construído entendimento no sentido de que seriam 02(dois) anos. No entanto, a só duração não é determinante, uma vez que todos os dados fáticos devem ser analisados em conjunto, não bastando o exame de um único fator, como

16 Nesse mesmo sentido, vide as decisões judiciais proferidas nos autos TRT-PR-16079-2011-009-09-00-0 e TRT-PR 17293-2011-011-09-00-0.

o tempo, mas, sim, a conjugação dos três requisitos: o ânimo (provisório ou definitivo), a sucessividade de transferências e o tempo de duração. No caso dos autos, tendo sido a transferência, que importou em mudança de domicílio, por período inferior a dois anos e por ter havido sucessivas transferências de cidades, inclusive uma final, de retorno à agência de origem, resta evidente se tratar de transferência provisória, fazendo jus, o autor, ao adicional. Acúmulo de função. Competia ao reclamante provar o acúmulo de função, por ser fato constitutivo do direito que alega, conforme arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, ônus do qual não se desvencilhou, devendo ser mantida a sentença. Recurso conhecido, mas não provido. (TRT 7ª R.; Proc. 00001305-32.2011.5.07.0028; Primeira Turma; Rel. Des. Francisco Tarcísio Guedes Lima Verde; DEJTCE 01/10/2013; Pág. 51)

No TRT da 6ª Região (PE), por seu turno, há jurisprudência valendo-se do argumento doutrinário de Alice Monteiro de Barros supra referido para fixar o prazo de 1 (um) ano como apto a caracterizar a provisoriedade da transferência.

Transferência. Caráter definitivo. Adicional indevido. A norma contida no artigo 469, § 3º, da clt, determina o pagamento de parcela suplementar, nunca inferior a 25% dos salários auferidos pelo empregado, em caso de transferência motivada por necessidade de serviço, enquanto durar essa situação. Registre-se que independentemente da transferência haver-se concretizado por necessidade de serviço ou não (fato que, salvo melhor juízo, apenas diz respeito à licitude da transferência. V. Art. 469, caput, da clt), o traço preponderante a ensejar o pagamento do adicional requerido revela-se no caráter provisório ou definitivo em que a alteração contratual ocorreu. A doutrina, com o escopo de melhor elucidar a matéria, fixou, como parâmetro à caracterização da definitividade, a mudança de domicílio por prazo superior a um ano, utilizando-se, por analogia, da norma inserta no artigo 478, § 1º, consolidado. Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros (curso de direito do trabalho, 2ª edição, pág. 824): “a jurisprudência já pacificou o entendimento segundo o qual apenas a transferência provisória enseja o pagamento do adicional de 25% previsto no art. 469, § 3º, da clt. Nesse sentido é a orientação

jurisprudencial n. 113, da sdi-i, do tst. O legislador não define o que se considera transferência provisória, nem fixa o prazo de sua duração. A doutrina tem lançado mão da analogia para considerar provisória a transferência que dure até um ano, com fundamento no art. 478, § 1º, da clt, segundo o qual o primeiro ano de duração do contrato de trabalho é considerado como período de experiência (cf. Nélis regis apud octavio bueno magano. Lineamentos de direito do trabalho. São paulo: ltr editora, 1972, p. 42). Logo, se o empregado, qualquer que seja, for transferido, permanecendo em seu novo posto por lapso inferior a 12 meses, fará jus ao recebimento do referido adicional. “ no caso concreto, tem-se por definitiva a transferência, que implicou em mudança de domicílio da autora, por período superior a 01 (um) ano, setembro de 2007 a abril de 2009. Recurso ordinário empresarial provido, no ponto. (TRT 6ª R.; Rec. 0000460-59.2012.5.06.0006; Terceira Turma; Rel. Des. Valdir José Silva de Carvalho; julg. 02/09/2013; doepe 09/09/2013)

A jurisprudência do TRT da 18ª Região (GO) reconhece como definitiva transferência que perdure dois anos e oito meses, consoante compreende-se da leitura da ementa abaixo:

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DEFINITIVIDADE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 113 DA SBDI-1/TST. o pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória. no caso em exame, o reclamante foi transferido para porto velho-ro, para onde se mudou com a família e permaneceu por dois anos e oito meses, até a rescisão do contrato de trabalho, o que caracteriza a transferência definitiva. (TRT 18ª R.; RO 0000472-86.2013.5.18.0141; segunda turma; rel. des. Daniel Viana Júnior; DJEGO 30/08/2013; pág. 2)

Diversamente do exposto acima, a recente jurisprudência do TRT da 17ª Região (ES) tem o posicionamento de que o adicional de transferência independe da qualidade da remoção ser provisória ou definitiva, conforme se infere:

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. NECESSIDADE DO SERVIÇO. TRANSFERÊNCIA PROVISÓRIA X DEFINITIVA. A necessidade do serviço, não exclui o direito ao adicional, eis que se destina a proteger o empregado da desconhecida realidade de uma nova cidade, pois habituado com uma estrutura de vida familiar e social, migra para outra localidade, e se vê sem aquela estrutura com a qual se habituara. Assim, se a modificação de localidade de trabalho, conduz a uma mudança de residência, o direito deve ser reconhecido, independentemente do tempo de permanência do empregado no local da transferência, não cabendo, pois, atribuir-lhe a qualidade de provisória ou definitiva, eis que o legislador não exigiu tal adjetivação. (recurso provido). (TRT 17ª R.; RO 0160000-28.2012.5.17.0010; Primeira Turma; Relª Juíza Sônia das Dores Dionísio; Julg. 24/09/2013; DOES 30/09/2013; Pág. 64)

Nesse mesmo sentido, há manifestação jurisprudencial do TRT da 4ª Região (RS), reconhecendo que a lei não faz distinção entre a transferência provisória ou definitiva para que o adicional de transferência seja cabível:

WMS SUPERMERCADOS. HORAS EXTRAS. Art. 62, ii, da clt. Para que se configure a hipótese de exceção prevista no art. 62, ii, da clt é indispensável que o empregado se diferencie dos demais por padrão remuneratório no mínimo superior a 40% do salário efetivo, além de gozar de confiança especial, caracterizada por poderes de mando, gestão e/ou representação da empresa. Provido o recurso do reclamante. Adicional de transferência. O trabalhador faz jus ao pagamento do adicional a que se refere o § 3º do artigo 469 da clt pois a lei não faz distinção entre transferência provisória e definitiva do trabalho. Provido o recurso do reclamante. (TRT 4ª R.; RO 0001168-52.2010.5.04.0001; Sexta Turma; Rel. Des. José Felipe Ledur; DEJTRS 05/09/2013; pág. 47)

Também nesse sentido, vale citar excertos da fundamentação de acórdão da jurisprudência do E. TRT da 12ª Região, que valendo-se de precedente jurisprudencial avaliza o entendimento de que a “transferência definitiva é figura inexistente, a não ser que se reconheça ao empregador a prerrogativa de impor a seus

empregados domicílio permanente distinto do eleito pelo trabalhador”, sendo devido o adicional quando ocorrer a transferência:

Quanto à questão da definitividade ou não da transferência, peço vênia para transcrever excerto de acórdão da lavra do Ex.^{mo} Juiz Euclides Alcides Rocha, proferido nos autos do RO nº 2180/87 do egrégio TRT paranaense:

(...)

O parágrafo terceiro (3º) do art. 469, incluído pela Lei nº 6.203/75, destina-se exatamente às hipóteses excepcionais antes aludidas, impondo ao empregador que promova a transferência por necessidade de serviço e unilateralmente a obrigação acessória, qual seja a de remunerar o empregado com o ‘plus’ salarial de 25%, ‘enquanto durar essa situação’. – A indagação que freqüentemente se faz a respeito do caráter provisório ou definitivo da transferência é, ‘data venia’, dispensável e pernicioso; até mesmo porque transferência definitiva é figura inexistente, a não ser que se reconheça ao empregador a prerrogativa de impor a seus empregados domicílio permanente distinto do eleito pelo trabalhador. Na verdade, a temporariedade é a única característica técnica e jurídica que se pode emprestar à transferência e, enquanto essa durar, ao empregador incumbe responder pelo adicional salarial. (grifei)

Assim, na esteira do entendimento acima transcrito, é despicie da análise da definitividade ou não da transferência. (TRT-SC 04798-2000-004-12-85-0)

Retomando a análise do critério objetivo utilizado hodiernamente pelo TST para aferir a provisoriedade ou não da transferência, destaca-se a peculiaridade do caso concreto que importe a análise da mudança e a rescisão do contrato de trabalho no local para o qual foi transferido o empregado. Nesses casos, a mais alta corte trabalhista compreende que se trata de transferência definitiva, independentemente da motivação inicial da remoção do empregado:

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA - CARÁTER TRANSITÓRIO OU PERMANENTE. A jurisprudência pacífica desta Corte consagra critério objetivo de aferição do caráter da transferência, quando a hipótese

retrata controvérsia a esse respeito, relativamente a contrato findo. Tendo sido extinto o contrato na própria cidade para a qual ocorreu a transferência, opera-se esta, na prática, em caráter definitivo, independentemente da intenção do empregador no momento em que foi praticada a alteração contratual quanto à localidade da prestação laboral. No caso concreto, restou consignado na fundamentação das razões de decidir do Tribunal Regional que a reclamante foi transferida de Maringá para Londrina, cidade última onde se deu o seu desligamento, o que demonstra o caráter definitivo da transferência. Em relação à transferência de Loanda para Maringá, tendo em vista que a sua permanência na última cidade perdurou por quase 7 anos, a outra conclusão não se pode chegar, senão a de que o tempo que permaneceu no local para o qual foi transferida revelou-se suficiente para que a empregada se instalasse no novo local de trabalho e ali estabelecesse relações pessoais, familiares e sociais em caráter permanente. Recurso de revista conhecido e provido. (TST; RR 9941/2002-900-09-00.3; 1ª T.; Rel. Min. Vieira de Mello Filho; DEJT 29/05/2009; p. 476)

Em sentido diverso deste, a jurisprudência do TRT da 1ª Região (RJ) não presuppõe que a demissão do empregado no novo local da transferência de empregado implica reconhecer que a transferência foi definitiva. Nesse sentido, destaque-se:

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA DEFINITIVA - ÔNUS DA PROVA DO EMPREGADOR. Sem dúvida, o ônus de comprovar que a transferência é definitiva é do empregador, pois a regra da OJ 113 da SDI-1 do TST lhe favorece. É preciso saber se na época da transferência ela pretendia ser definitiva e se realmente o foi. O fato de a transferência ter se mantido até o final do contrato só prova este último aspecto, não o da época da alteração contratual. (TRT-RJ-00008595320105010053- 5ª Turma. Relator: Ivan da Costa Alemão Ferreira. Publicado em 27-09-2011)

De todos os entendimentos jurisprudenciais, quer-se destacar o entendimento da jurisprudência do E. TRT da 17ª Região (ES) no sentido de reconhecer como provisória a transferência que tenha ocorrido no período imprescrito, com fun-

damento no entendimento doutrinário de Mauricio Godinho Delgado referido no capítulo antecedente, conforme se denota da leitura dos excertos abaixo:

(...)

Nos termos referidos, a transferência só é lícita se houver necessidade deserviço, pois pode ocasionar transtorno na vida familiar do empregado e, em certos casos, pode até implicar o seu afastamento da cidade natal ou privá-lo do seu ciclo de relações sociais que construiu com o passar do tempo.

Assim, o empregador tem o dever de pagar o adicional de transferência, mesmo se houver a previsão contratual autorizando a alteração do local de trabalho para outra cidade, sendo certo que, qualquer empregado pode receber tal em caso de transferência, se esta for provisória, e seria discriminação odiosa dizer que aquele que ocupa cargo de chefia não teria direito, pois o mal que pode resultar, nesse caso, não escolhe destinatário.

Assim, o que legitima a percepção do referido adicional é a supervisoriabilidade, sendo que aí reside a dificuldade, já que não há norma legal definindo o que vem a ser transferência provisória.

Nesse passo, socorre-nos a doutrina de *Maurício Godinho Delgado* (Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p. 1018): (...)

Na esteira do entendimento doutrinário supratranscrito, concluo que havendo ainda a possibilidade de ser questionada a causa, conteúdo e validade da transferência do autor, tem-se que a mesma era provisória, sendo pois, devido o adicional pleiteado. (TRT-ES-0151300-85.2011.5.17.0014. 3ª Turma. Des. Rel: Carlos Henrique Bezerra Leite. Publicado em 26-11-2012).

O realce que se dá a essa decisão decorre do fato de cremos ser o critério adotado pelos magistrados do TRT/ES, fundamento no entendimento do jurista Mauricio Godinho Delgado, o mais adequado para a resolução da lide que envolva a pretensão do adicional de transferência, por conciliar, **consoante a lógica hegemônica do capital**, a melhor forma de interpretação legal do art. 469 da CLT e impor uma aplicabilidade prática do conceito de provisoriabilidade da transferência, que faça com que

a incidência do adicional de transferência se dê independentemente da estimativa *a priori* da provisoriedade ou não da transferência perpetrada.

Isso porque, nos parece que o critério majoritariamente adotado de que a definitividade da transferência se caracteriza a partir do decurso de mais de 3 (três) anos da transferência, independentemente do ânimo de domicílio do empregado, gera consequências nefastas nos contratos de trabalho, inclusive, face à dificuldade do empregador estimar a provisoriedade ou não da transferência perpetrada, servindo como argumento para que o empregador abstenha-se de pagar oportunamente o adicional e venha a operacionalizar a quitação da verba somente *a posteriori*, em juízo, desvirtuando a finalidade do adicional de transferência previsto no ordenamento jurídico pátrio.

Consoante esse entendimento supra, destaque-se também a jurisprudência do E. TRT da 9ª Região (PR), que expressamente reconhece ser incabível admitir-se que a definitividade seja verificada pelo tempo que o empregado passou em determinada localidade, pois nessa hipótese o direito à percepção ao adicional legal só poderia ser constatado “*a posteriori*”, desvirtuando completamente o objetivo desse pagamento suplementar. Nesse sentido, segue a ementa jurisprudencial:

TRT-PR-19-02-2013 TRANSFERÊNCIA. PREVISÃO NO CONTRATO DE TRABALHO. PROVISORIEDADE. OJ 113/TST. O registro da possibilidade de transferência do empregado no contrato de trabalho deixa certo que isso pode ocorrer indefinidamente, sempre sendo possível uma nova transferência, o que evidencia seu caráter provisório. Não se pode admitir que a definitividade seja verificada pelo tempo que o empregado passou em determinada localidade, pois nessa hipótese o direito à percepção ao adicional legal só poderia ser constatado “*a posteriori*”, desvirtuando completamente o objetivo desse pagamento suplementar. A definitividade somente restaria demonstrada, nesse caso, com a expressa previsão de que depois não haveria outra transferência. (TRT-PR-24754-2011-016-09-00-2-ACO-04832-2013 - 5A. TURMA. Relator: NEY FERNANDO OLIVÉ MALHADAS. Publicado no DEJT em 19-02-2013.)

Assim, por todo o exposto, destaque-se que a par do entendimento jurisprudencial predominante ser no sentido de reconhecer como cabível o adicional de transferência somente quando a alteração do contrato de trabalho for provisória

e caracterizar essa provisoriedade como sendo o lapso de tempo não superior a 3 (três) anos, a reflexão que se pretende fazer no presente ensaio é demonstrar como a utilização deste critério pode gerar consequências nefastas e desvirtuar o pagamento dessa percentagem, já que possibilita concluir que a caracterização do suporte fático do adicional de transferência seja feito somente *a posteriori* do ato.

Diante de tal constatação, a defesa que se faz no presente ensaio visando afastar tal problemática é a adoção do critério adotado pelo jurista Mauricio Godinho Delgado para a definição da provisoriedade da alteração do local de trabalho e a incidência do adicional de transferência. Por tal critério, tem-se como provisória a mudança cuja causa, conteúdo e validade possam ser questionados, ou seja, caracteriza-se como provisória a transferência que ocorra no curso do prazo prescricional, sendo que este critério já está ressoando na prática, consoante as manifestações jurisprudenciais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, viu-se no primeiro capítulo que a regra no ordenamento jurídico brasileiro prevista no art. 469 da CLT é a inamovibilidade no contrato de trabalho, sendo necessária a aquiescência do empregado para se promover a alteração do local da prestação de serviços que importe a mudança de domicílio do empregado. Observou-se, entretanto, que há exceções a tal regra, legitimando-se a transferência, mesmo de cunho unilateral, quando tratar-se de empregado detentor de cargo de confiança, houver cláusula de transferibilidade e houver extinção do estabelecimento, desde que haja comprovada necessidade de serviço.

Na segunda parte, destacou-se que, dentre os efeitos pecuniários decorrentes da alteração contratual, o suporte fático do adicional de transferência é que implica maiores digressões doutrinárias e jurisprudenciais. Viu-se que o entendimento contemporâneo majoritário é de que o pressuposto apto a legitimar a percepção do adicional de transferência é a provisoriedade, sendo que este conceito não fora definido pelo legislador e também não possui um critério uno na doutrina e jurisprudência. Prevalece, todavia, o posicionamento de que é provisória a transferência que resulte de diversas transferências ao longo da contratualidade ou, independente disso, a transferência que não ultrapassar 3 (três) anos na localidade do destino.

Tais elementos serviram de subsídio para compreensão e análise das decisões judiciais dos tribunais do trabalho brasileiro sobre a provisoriedade da transferên-

cia e a incidência do adicional de transferência, o que se fez analiticamente no terceiro capítulo, em que se concluiu que o entendimento jurisprudencial majoritário supramencionado está gerando consequências nefastas nos contratos de trabalho, inclusive, face à dificuldade do empregador estimar a provisoriedade ou não da transferência perpetrada, servindo como argumento para que o empregador abstenha-se de pagar oportunamente o adicional e venha a operacionalizar a quitação da verba somente *a posteriori*, em juízo, desvirtuando a finalidade do adicional de transferência previsto no ordenamento jurídico pátrio.

Diante de tal constatação, a defesa que se faz no presente ensaio é a adoção do critério adotado pelo jurista Mauricio Godinho Delgado para a definição da provisoriedade da alteração do local de trabalho e a incidência do adicional de transferência. Por tal critério, tem-se como provisória a mudança cuja causa, conteúdo e validade possam ser questionados, ou seja, caracteriza-se como provisória a transferência que ocorra no curso do prazo prescricional, o que, inclusive, já vem sendo observado pela jurisprudência pátria.

Espera-se, assim, ter dado o contributo para o constante aperfeiçoamento das pesquisas que, a partir da análise dogmática e da construção jurisprudencial dos Tribunais do Trabalho brasileiro pugnam pela defesa e aplicabilidade dos direitos fundamentais, incluindo a defesa do direito ao trabalho, que dentre o seu conteúdo abarca o direito a um padrão de trabalho juridicamente protegido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito ao trabalho como direito humano e fundamental: elementos para sua fundamentação e concretização*. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba,

2009. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humana%20e%20fundamental\(leonardo%20wandelii\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/20912/o%20direito%20ao%20trabalho%20como%20direito%20humana%20e%20fundamental(leonardo%20wandelii).pdf?sequence=1)>. Acesso em 17 ago.2012.

SITES CONSULTADOS:

www.tst.jus.br

www.trt1.jus.br

www.trt4.jus.br

www.trt6.jus.br

www.trt7.jus.br

www.trt9.jus.br

www.trt12.jus.br

www.trt17.jus.br

www.trt18.jus.br

SOLUÇÕES JURÍDICAS PARA A NÃO-DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO EMPREGO

Thereza Cristina Gosdal¹

1. INTRODUÇÃO

Quando se pensa nas pessoas com deficiência e sua relação com o trabalho é preciso lembrar da política de inclusão e não discriminação prevista na Constituição Federal de 1988, a qual, portanto, já tem mais de 26 anos. Tempo mais que suficiente para os ajustes necessários ao cumprimento da legislação pelos órgãos e entidades responsáveis pela qualificação de trabalhadores com deficiência, pelos responsáveis pela exigência de cumprimento e fiscalização, pelos responsáveis pela implementação e fiscalização da acessibilidade, pelos responsáveis pelo reconhecimento e garantia de direitos, pelo cumprimento pelas empresas privadas, às quais se aplicam as cotas em questão.

Essa política de inclusão não foi uma concessão ou benesse do legislador, constitucional ou infraconstitucional, mas o resultado de um intenso movimento dos próprios interessados e de seus familiares, bem como de especialistas, na luta contra a discriminação e pela inclusão, em consonância com as normas de Direito Internacional pertinentes, que culminaram na Convenção Internacional dos Direitos das pessoas com Deficiência da ONU, aprovada em dezembro de 2006 e

1 Doutora em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professora Adjunta da UFPR. Desembargadora do Trabalho

ratificada pelo Congresso Nacional em julho de 2008. É uma história de preconceitos e exclusão, desrespeito e violação de direitos.

Não há exercício de cidadania sem acesso ao trabalho, especialmente sob o capitalismo, em que o trabalhador possui apenas a sua força de trabalho para alcançar os meios necessários a sua sobrevivência. Daí a importância que adquire a legislação que introduz as cotas para pessoas com deficiência nas empresas privadas e reservas de vagas nos concursos públicos, na efetiva inclusão destas pessoas em nossa sociedade. Essa política de ação afirmativa trouxe espaço e visibilidade à experiência e necessidades dessas pessoas, necessidades que hoje podemos traduzir na máxima “Nada sobre nós, sem nós”. Um evidente repúdio a uma postura meramente assistencialista da sociedade e do Estado e uma busca de empoderamento. Hoje a pessoa com deficiência não quer ser tutelada, ou ser objeto de ação de caridade. Ela quer ser sujeito de direito, agente de sua própria história. O que pressupõe a passagem pelo acesso ao trabalho.

Estamos há mais de vinte anos da introdução da obrigação legal de cumprimento das cotas pelas empresas privadas, pela Lei 8213/1991. É preciso reconhecer que houve grandes avanços. Não é surpresa hoje para as empresas que possuem 100 ou mais empregados a informação de que estão obrigadas a contratar um percentual de pessoas com deficiência. Não é desconhecido da maioria das pessoas que qualquer discriminação está vedada. Essa consciência da lei e do dever legal decorre do trabalho dos sindicatos e associações, da cobrança dos órgãos públicos, da cobrança dos próprios interessados.

Mas ainda há muito a ser feito. Iniciando pela acessibilidade, porque não adianta garantir trabalho e não garantir o acesso ao trabalho, o transporte e equipamentos públicos acessíveis. E passando pela resistência de empresas e pessoas no contexto empresarial em dar oportunidade de trabalho, de ascensão e promoção dentro da empresa, ou de formação e qualificação profissional que sejam oferecidas aos empregados. Ainda é preciso avançar na não-discriminação, na compreensão de que as limitações estão muitas vezes na cabeça dos que não têm deficiência, não naquilo que essas pessoas efetivamente conseguem, ou não fazer.

E elas vem demonstrando que podem e podem muito mais que os que não possuem nenhuma deficiência são capazes de compreender. Por isso é preciso parar de achar, para ouvir mais o que essas pessoas tem a dizer acerca delas mesmas. E isso começa com a denominação, porque a atual, pessoa com deficiência, é resultado direto da reivindicação dos movimentos de luta pelo reconhecimento de direitos e pelo empoderamento de que falamos anteriormente.

2. DENOMINAÇÃO

Algumas expressões trazem claramente uma conotação negativa. Deficiente ou incapacitado são expressões que trazem a ideia de uma inferioridade em relação aos padrões considerados de normalidade. Nessa perspectiva a pessoa com deficiência é aquela a quem falta alguma coisa, ou a que não tem alguma capacidade. São conceitos evitados de preconceitos, que devem ser evitados.

Deficiente físico é apenas uma das condições de pessoa com deficiência, já que há também o deficiente visual, o auditivo e o mental. Pessoa portadora de necessidades especiais é a expressão utilizada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que trata da educação inclusiva. Mas ela não coincide exatamente com o conceito de pessoa com deficiência, porque é mais abrangente, já que também são portadoras de necessidades especiais pessoas que não tem deficiência, como os obesos, os portadores de doenças crônico-degenerativas e outros. São denominações que precisamos evitar quando falamos de pessoas com deficiência, porque são imprecisas.

A expressão “pessoa portadora de deficiência” aparece na legislação pátria aplicável à matéria, mas a legislação mais recente, como a Convenção Internacional dos Direitos das pessoas com Deficiência da ONU, aprovada em dezembro de 2006 e ratificada pelo Congresso Nacional brasileiro em julho de 2008, consolida a denominação “pessoa com deficiência”, porque se entende que a pessoa não porta a deficiência, ela a tem.

A Lei Orgânica da Assistência Social, que trata do benefício de prestação continuada, dentre outros, foi alterada em 2011 no que toca ao benefício de prestação continuada, exatamente para se adequar à nova denominação, além de trazer importantes avanços na matéria, como a introdução do novo conceito da Convenção da ONU de pessoa com deficiência, a determinação de que o desenvolvimento de capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício, a possibilidade de suspensão do benefício quando a pessoa com deficiência o estava recebendo e passa a exercer atividade remunerada, o que representa uma garantia de retorno ao recebimento do benefício, no prazo assinalado na lei, de dois anos, a garantia de que a cessação do benefício não impede que ele seja novamente concedido a essa pessoa com deficiência. Tudo isso para evitar o receio de lançar-se ao mercado de trabalho, ou de qualificar-se para tanto, desenvolvendo capacidades, perdendo o benefício que é de um salário mínimo. E vejam que estamos falando de situações de extrema carência, porque nos termos

da lei o benefício somente é devido à pessoa com deficiência ou ao idoso cuja renda familiar *per capita* seja de no máximo $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Alheia a essa luta pela denominação que os próprios interessados entendem mais apropriada, a jurisprudência insiste na utilização de denominação inadequada, ainda se podendo encontrar decisões falando em contas para deficientes, ou em contratação de deficientes físicos, ou, a expressão que costuma ser preferida, a de pessoas com necessidades especiais.

Não apenas a denominação resulta da busca por direitos e inclusão das pessoas com deficiência, mas as próprias ações afirmativas a elas destinadas resultam de intensa mobilização por ocasião da constituinte e posteriormente a ela. Claro que não só para atender a esses movimentos elas surgiram, mas também a uma demanda de nossa sociedade pelo avanço na direção de um patamar de civilização que não admite exclusões infundadas e que, mais que o reconhecimento da igualdade formal, quer também a igualdade material, a igualdade de oportunidades, quando se fala de emprego ou profissão.

A inclusão efetiva envolve desde a superação do preconceito e do estigma que se forma em torno destas pessoas, até as políticas de ação afirmativa e mecanismos antidiscriminatórios.

3. DEFICIÊNCIA: PRECONCEITO E ESTIGMA

As pessoas com deficiência constroem uma identidade que considera a experiência vivenciada com a deficiência e a reação dos outros a ela, o que muitas vezes acontece de maneira negativa, auto-depreciativa. Convivem com uma realidade pessoal que não se insere naquilo que é considerado “normal” socialmente. Este processo de identificação não se constrói, sob a perspectiva do indivíduo e da sociedade, de maneira linear. Por um lado a pessoa é socialmente estigmatizada em razão da deficiência, que se associa no âmbito do trabalho à menor produtividade, menor comprometimento com o trabalho e maior número de faltas. Por outro, desperta sentimentos de piedade e de assistencialismo. A formação da identidade compreende a percepção da autoimagem, que cada indivíduo vai construir em relação à deficiência segundo características pessoais e histórico de vida.

A formação da identidade se constrói na relação com o outro. Só podemos perceber diferenças na medida em que temos contato com o diferente e percebe-

mos a existência da diferença. A deficiência é percebida por oposição à noção de corpo funcional e esteticamente perfeito, idealizado. Segundo Patrícia Martins Montanari, em texto que se refere aos jovens com deficiência:

“(...) a construção do corpo e de concepções sobre ele estão sempre sendo atualizadas com a substituição de velhos valores por novos, próprios da dinâmica cultural em que se inscreve e que refletem, ao mesmo tempo, movimentos mais globais.

Nos últimos anos, por exemplo, podemos identificar também como elementos definidores de um ideal de corpo, aqueles suscitados pelos movimentos ecologistas, uma espécie de onda que aclama a volta a uma vida mais saudável, fortalecimento e manutenção do corpo através dos esportes, de uma alimentação natural, de reiteradas campanhas contra o tabagismo, etc.

De maneira geral, o corpo desejado deve apresentar uma estética harmônica e também ser capaz de funcionar. A estética conjugada ao bom funcionamento orgânico definem um ideal de corpo, pois na nossa sociedade a imperfeição estética é astutamente percebida e quase nunca passa impune aos olhos das pessoas.”²

A pessoa com deficiência vive uma condição física, psicológica ou mental, que a associa à ideia de desordem, disfuncionalidade, limitação. Isso tem uma força simbólica, ligando-se ao sistema de representações e valores que o indivíduo constrói acerca de si mesmo e que a sociedade constrói sobre ele.

Estas ideias pré-concebidas que cada um tem a respeito de algo ou alguém constituem os preconceitos, que muitas vezes servem de base à formação do estigma e conduzem à discriminação. O estigma da deficiência é uma espécie de marca que a sociedade impinge ao indivíduo. A pessoa passa a ser considerada por aquilo que a estigmatiza, inclusive nas suas relações de trabalho. O estigma, neste caso, importa considerar a pessoa como inferior, porque seu corpo e mente não são, ou não estão, funcionalmente perfeitos, além de considerá-lo um “coitado”, que deve ser objeto de caridade.

2 MONTANARI, Patrícia Martins. Jovens e Deficiência: comportamentos e corpos desviantes. Texto obtido na Internet, no endereço <http://www.adolec.br/bvs/adolec/P/cadernos>, acessado em novembro de 2004.

Do ponto de vista da sociologia o estigma é um mecanismo social de exclusão de quem não possui determinados atributos, revelando condições pessoais ou comportamento diferente do grupo. O indivíduo estigmatizado possui características diferentes daquelas que são esperadas pela comunidade.³

O estigma gera consequências sociais, inclusive no que tange à ocupação da pessoa. O estigma conduz a sentimentos de rejeição, fracasso, inadequação, dependência, que por sua vez geram sentimentos de vergonha e baixa auto-estima. Segundo Helen Lynd, a vergonha está ligada ao “eu”, ao que a pessoa é. Representa ao mesmo tempo um sentimento de fraqueza e dissolução do ego e anseio interior de sufocação, ou até mesmo desaparecimento do “eu”. “A vergonha é uma emoção social e reafirma a interdependência emocional das pessoas.”⁴ Ele pode alterar a capacidade de integração e adaptação social do indivíduo.

Algumas deficiências ensejam um processo de estigmatização mais intenso que outras, como ocorre com a deficiência mental. As deficiências mais visíveis e estigmatizadas são também as de mais difícil inclusão no mercado de trabalho. O que se percebe é que quanto mais leve o grau da deficiência, mais fácil a inclusão.

4. LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Às pessoas com deficiência o nosso ordenamento jurídico destina medidas de ação afirmativa, ou de discriminação positiva, por meio da reserva de vagas nos concursos públicos e das cotas nas empresas privadas.

Ação afirmativa, ou discriminação positiva, compreende um conjunto de medidas legais e de práticas sociais, destinadas a compensar uma situação de efetiva desigualdade em que se encontre um determinado grupo social, possibilitando o acesso ao sistema legal e tornando viável para estes indivíduos o exercício de direitos fundamentais. Significa o estabelecimento de favorecimentos a alguns indivíduos ou grupos, que estão socialmente numa situação de desvantagem, mas eles não são gratuitos, ou infundados, são destinados a para facilitar a igualdade real.

Foi no atendimento do respeito às diferenças e para promover a real igualdade de oportunidades e permitir o exercício de direitos fundamentais, que nosso sistema

3 A este respeito ver GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.

4 O pensamento da socióloga Helen Lynd está referido no texto de Thomas J. Scheff, “Três pioneiros na Sociologia das Emoções.

legal, no que diz respeito às pessoas com deficiência, adotou uma postura de promoção de direitos, por meio de ações afirmativas, além de proibir as práticas discriminatórias em face destas pessoas.

A inclusão das pessoas com deficiência deve ocorrer em todas as searas, na educação, no acesso ao lazer, no trabalho, etc. e devem ser tuteladas. No âmbito do trabalho estão presentes como óbices à efetiva inclusão, uma concepção negativa da capacidade produtiva da pessoa com deficiência, assim como, muitas vezes, o preconceito estético, quando a deficiência é aparente. E aí nós encontramos empresas que, ou encontram todos os motivos possíveis para fugir do cumprimento da cota, iniciando pelo discurso em torno da ausência de qualificação, até aquelas que cumprem a cota, mas não promovem inclusão, seja porque colocam essas pessoas nas funções de menor remuneração e aí não conseguem mantê-las em seus quadros, seja porque as preterem nas oportunidades de formação e qualificação que a empresa oferece, ou de progressão e promoção dentro da empresa e aí também não conseguem mantê-las. Ou pior ainda, porque por puro preconceito as colocam em funções onde não tem visibilidade, onde não tem contato com o público ou clientes, o que elas obviamente também percebem, configurando prática claramente discriminatória.

Em seu art. 1º, incisos III e IV, a Constituição estabelece como fundamentos do Estado democrático de direito a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. No inciso III do art. 3º está contemplado como objetivo fundamental da República a redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer forma de discriminação. A palavra promoção aqui não está colocada ao acaso, mas revela esta mudança da postura do Estado a que se fez menção anteriormente. Não cabe ao Estado mais apenas garantir que estes direitos e princípios sejam respeitados nas relações entre particulares ou com os entes públicos, mas promovê-los, estabelecer condições para que possam se efetivar. No art. 5º, *caput*, se estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Dentre as normas que proíbem a discriminação das pessoas com deficiência podemos destacar o inciso XXXI, do art. 7º da Constituição da República, que estabelece como direito do trabalhador com deficiência a proibição de qualquer discriminação, no tocante a salário e critérios de admissão. Também temos a lei nº 7853/1989, que trata da política nacional para integração da pessoa com deficiência e em seu art. 8º define como crime a prática de negar emprego ou trabalho a candidato em razão da deficiência, sem justa causa. Temos outras normas que

proíbem a discriminação, não apenas da pessoa com deficiência, mas também dela, como a Lei 9029/1995, que veda qualquer forma de discriminação para acesso ou manutenção do emprego, ou a Convenção 111 da OIT, por nós ratificada.

As normas destinadas à promoção da inclusão das pessoas com deficiência na atualidade encontram fundamento na Convenção da ONU sobre as Pessoas com Deficiência, por nós recentemente ratificada, que em seu art. 1º estabelece como seu propósito o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade. Não há desfrute pleno e equitativo de direitos e liberdades numa sociedade capitalista, que é o modelo adotado pela nossa constituição, sem possibilidade de trabalho, nem em face de práticas discriminatórias.

A nossa Constituição Federal estabelece no art. 37, inciso VIII o texto constitucional a reserva de percentual de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência.

Esta reserva é feita nos concursos públicos, que é o meio lícito de acesso a tais empregos e cargos públicos, ressalvadas as exceções que o próprio texto constitucional faz. Esse é o sistema para assegurar trabalho às pessoas com deficiência em condições de inclusão que se aplica aos entes públicos. Em âmbito federal a Lei 8112/1990 determina a reserva de percentual de empregos e cargos públicos de até 20% das vagas; no Paraná a legislação estadual determina a reserva de 5% das vagas para pessoas com deficiência. O decreto 3298/1999 prevê que o percentual mínimo de reserva de vagas deve ser de 5%. Esse é um dos mecanismos de ação afirmativa adotados para a inclusão de nossos trabalhadores com deficiência.

Outro mecanismo de ação afirmativa destinado à promoção do trabalho das pessoas com deficiência são as cotas aplicáveis às empresas privadas, previstas no art. 93 da Lei 8213/1991 e decreto 3298/99, com a redação dada pelo 5296/2004. Todas as empresas com 100 ou mais empregados estão obrigadas a contratar e manter de 2% a 5% de empregados com deficiência ou reabilitados, conforme o número de empregados que possuam.

Há outros dispositivos na Constituição Federal que dizem respeito a direitos da pessoa com deficiência, como o art. 203, inciso IV, que prevê a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; ou o inciso V do mesmo artigo, que prevê o benefício de prestação continuada, que tem caráter assistencial. No art. 208 se estabelece como dever do Estado o atendimento educacional dos portadores de deficiência, preferencial-

mente na rede regular de ensino; o art. 277, § 1º, inciso II que estabelece a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para portadores de deficiência e de integração social do adolescente portador de deficiência. Por fim, o art. 244 prevê a adaptação de logradouros e edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes para garantir o acesso às pessoas portadoras de deficiência.

5. AS COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Esclarecido que a cota aplicável às empresas privadas e a reserva de vagas nos concursos públicos são medidas de ação afirmativa, ou discriminação positiva, é preciso ter sempre em consideração que a finalidade é o favorecimento de pessoas que teriam maior dificuldade de inclusão no mercado de trabalho. Daí porque não podem ser consideradas pessoas com deficiência, para o efeito que está sendo tratado aqui, pessoas que tenham estrabismo, miopia, perda auditiva leve, diabetes, problemas cardíacos, etc., não obstante tais estados possam ensejar dificuldades para os indivíduos. Mas não foi para atender essas situações que as cotas foram criadas. E aqui é preciso ter em conta o conceito anteriormente referido da Convenção da ONU.

A cota está vinculada a um tipo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho, que é a inserção competitiva, que ocorre quando o indivíduo tem condições de se inserir e desenvolver suas atividades laborais no mercado de trabalho. Além desta há a inserção seletiva, que ocorre quando são necessários, além de eventuais meios de apoio, procedimentos especiais, como uma jornada menor ou a presença de orientadores ou acompanhantes. Em ambos os casos são garantidos os direitos trabalhistas e o vínculo de emprego aos trabalhadores com deficiência, que no caso da inserção seletiva pode se efetivar com a intermediação de entidade especializada. E há ainda as oficinas protegidas, que são necessárias para as deficiências graves, que comprometem a socialização das pessoas com deficiência.

Então quando falamos das cotas, estamos falando da inserção competitiva. O instrumento legal que nos permite colocar em prática a cobrança da cota de pessoas com deficiência é Decreto 3298/99 (atualizado pelo Decreto 5296/2004), que veio regulamentar a Lei nº 7853/1989.

A partir desta legislação podemos definir quem é a pessoa com deficiência, para os efeitos da inclusão competitiva no trabalho. Mas hoje, como já dito anteriormente, essa disciplina precisa ser atualizada, para entrar em conformidade com a convenção da ONU. E essa definição é importante para o cumprimento da cota.

No âmbito da legislação interna, o art. 3º do Decreto 3298/99 considera deficiência a perda ou anormalidade que gere incapacidade para o desempenho da atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

O artigo 4º foi alterado pelo artigo 70 do Decreto 5296 de 2004, estabelece em seus incisos o que pode ser considerado para o enquadramento como deficiente físico, auditivo, visual, mental.

Art. 4º considera pessoa com deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias.

1º- Deficiência física:

O decreto elenca diversas formas de paralisia, de alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física. Também inclui a ostomia, a paralisia cerebral, o nanismo, a presença de membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

2º- Deficiência auditiva:

Perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; (Redação dada ao inciso pelo Decreto nº 5.296, de 02.12.2004, DOU 03.12.2004)

3º- Deficiência visual:

Aqui é considerada a cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for

igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores (Redação dada ao inciso pelo Decreto nº 5.296/2004).

Na deficiência visual é preciso destacar a súmula 377 do STJ, que assim dispõe: “O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes”.

Coloca, portanto, por terra, o que dispõe o decreto em comento quanto à deficiência visual.

4º- Deficiência Mental:

Entendida como funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: comunicação; cuidado pessoal; habilidades sociais; utilização dos recursos da comunidade; saúde e segurança; habilidades acadêmicas; lazer; e trabalho.

O decreto agora precisa ser interpretado de acordo com a Convenção, ou seja, para que seja considerada pessoa com deficiência, a limitação deverá obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas. O que traz também a necessidade de sua revisão.

Uma vez atingida a cota, a empresa está obrigada apenas a manter o número de empregados com deficiência ou reabilitados, devendo contratar um substituto em condições semelhantes (§ 1º do art. 36 do Dec. 3298/99) antes de promover o despedimento de um portador de deficiência. Também deve observar a necessidade de contratação de mais portadores de deficiência, na hipótese de aumento do número de empregados. Por fim, não pode discriminar as pessoas com deficiência nas oportunidades dentro da empresa e deve adotar medidas para garantir sua efetiva inclusão, de modo que possa bem desenvolver a atividade laboral para a qual foi contratada.

O indivíduo beneficiado pela cota deve estar apto para a função pretendida. O que não significa que as empresas possam, validamente, fazer exigências descabidas apenas quando se tratar de oferecimento da vaga a pessoas com deficiência. Os requisitos exigidos devem guardar estreita vinculação com a necessidade do serviço, com as atividades compreendidas para o posto de trabalho oferecido. Há empresas que criam óbices quando não querem de fato incluir empregados com

deficiência, preocupando-se apenas em demonstrar que abriram vagas para pessoas com deficiência, não em efetivamente contratar e incluí-las.

Há situações de reiteradas rejeições de trabalhadores com deficiência encaminhadas pelas Agências do Trabalhador, há exigências discriminatórias incluídas das ofertas de emprego, como sexo, idade, tipo de deficiência, todas desvinculadas objetivamente da necessidade do serviço.

A maior dificuldade que se tem encontrado na inclusão de pessoas com deficiência está na sua qualificação profissional, que muitas vezes é uma dificuldade real, como ocorre em alguns segmentos de atividades. Mas às vezes é uma questão de falta de flexibilidade da empresa na contratação, quando, por exemplo, são inseridos critérios desnecessários e muito acima das tarefas compreendidas pelo posto de trabalho oferecido. Ou é ato deliberado, para que nenhum trabalhador com deficiência se apresente para o cargo oferecido. Isto é muito comum com a exigência de escolaridade. Por exemplo, exige-se segundo grau completo para a função de servente, ou assistente de almoxarifado. Isto dificulta muito a contratação de pessoas com deficiência, especialmente de deficientes mentais, que em geral não possuem os conhecimentos formais de ensino médio e fundamental, mas sim o atestado das habilidades que possuem.

6. CONCLUSÃO

Quando se trata da temática do trabalho das pessoas com deficiência a perspectiva é a do outro, do diferente.

Curiosamente esse é um estigma que está mais próximo de cada um de nós do que se costuma imaginar. Basta considerar as doenças e incapacidades que resultam de acidente do trabalho e doenças ocupacionais, infelizmente ainda tão comuns, risco que circunda o indivíduo que trabalha.

Quando a perda da capacidade laboral é apenas parcial, o empregado pode ser reabilitado pela Previdência Social e ser computado para a cota de portadores de deficiência prevista no art. 93 da lei 8231/91 (se a empresa tiver 100 ou mais empregados, caso em que estará obrigada por mencionado dispositivo legal).

Quanto às empresas que possuem menos de cem empregados o que mais comumente ocorre é a “devolução” do empregado pela empresa à Previdência Social,

ao fundamento de não possuir em seus quadros posto de trabalho compatível com a função para a qual o empregado foi reabilitado. Em geral a empresa mantém referido empregado apenas pelo período em que está acobertado pela estabilidade decorrente do acidente ou doença profissional, despedindo-o logo após ao término deste período, no mais das vezes, sem justa causa.

Dentre as soluções e possibilidades já compreendidas em nosso ordenamento jurídico podemos, ainda, destacar a importância da sensibilização para a questão daqueles a quem temos chamados operadores do Direito. Juízes do Trabalho, Procuradores do Trabalho e advogados precisam ter informações a respeito desta forma de discriminação, para que possam bem desenvolver o seu trabalho em face dos casos concretos com os quais se deparam.

Cabe desenvolver uma compreensão que assegure efetividade ao sistema de proteção e promoção dos direitos dos trabalhadores com deficiência, evitando-se interpretações que esvaziam o conteúdo de referido arcabouço jurídico e afastam o cumprimento dos mecanismos de ação afirmativa, responsáveis pelos avanços já obtidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARDOSO, Luciane. **Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho**. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal do Paraná, em maio de 2003. 332p.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Trabalho da Pessoa Com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos**. São Paulo : LTr, 2006. 304p.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da Mulher no Emprego**. Curitiba: Genesis, 2003. 280 p.

GUGEL, Maria Aparecida. **Discriminação positiva**. Revista do Ministério Público do Trabalho. Brasília, ano 10, n.19, mar. 2000.

_____. Mudanças e inovações no mundo do trabalho que interferem na vida profissional da pessoa portadora de deficiência. Disponível em: www.pgt.mpt.gov.br

_____. O trabalho do portador de deficiência. Disponível em: www.pgt.mpt.gov.br

_____. Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta. Goiânia: Ed da UCG, 2006. _____. Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

LORENTZ, Lutiana Nacur. A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência. São Paulo: LTr, 2006.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Terminologia sobre deficiência na era da inclusão. Agência de Notícias dos Direitos da Infância e da Fundação Banco do Brasil. Brasília, 2003. Disponível em: <<<http://www.fiemg.com.br/ead/pne/Terminologias.pdf>

PIRES, Maria José de Moraes. **A discriminação positiva no Direito Internacional e europeu dos direitos do homem**. Boletim de Documentação e Direito Comparado. Lisboa, n.63/64, p.7-79, 1995.

REIS, Nelzir Trindade. **A mulher e as doenças crônico-degenerativas**. Artigo publicado na revista Nutrição em Pauta, acessível pelo endereço: <http://www.nutricaoempauta.com.br/novo/48>. Acessado em novembro de 2004.

ROSE, Arnold M. A origem dos preconceitos. In: **Raça e Ciência II**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972. (Coleção Debates). p.161-194.

SCHEFF, Thomas J. **Três Pioneiros na Sociologia das Emoções**. Revista Política e Trabalho n.º 17 - set/2001, Universidade Federal da Paraíba, Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Acessada em novembro de 2004, no endereço: <http://www.geocities.com/ptreviewt>

UNZUETA, M. A. Angeles Barrère. **Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres**. Madrid, Editorial Cívitas, 1997. 123p. (Cuadernos Cívitas).

VIANA, Márcio Tulio. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei n.º 9.029/1995). In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

IMPROPRIEDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA VEICULAR PEDIDO DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONVENCIONAL

Ubirajara Carlos Mendes¹

1. INTRODUÇÃO

O prestígio constitucional conquistado pela negociação coletiva e pelos instrumentos que dela decorrem (art. 7º, XXVI, Constituição Federal de 1988) culminou, em contrapartida, na necessidade de um cuidado especial no exame de eventuais defeitos destes atos jurídicos, notadamente no que concerne ao ajuste desuas previsões aos limites da flexibilização de direitos impostos pelo próprio texto constitucional (art. 7º, V, XII e XIV) e, sem esta autorização, ao respeito a direitos elementares impassíveis de redução.

Os direitos, de outro lado, massificaram-se, transcendendo a limitada esfera jurídica individual da pessoa para assumir contornos difusos, coletivos e indivi-

1 Desembargador do Trabalho do TRT 9ª Região. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL. Especialista em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha – ES. Professor na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

duais homogêneos²; qualifica-se, pois a “era do direito social” a que se refere Jorge Luiz Souto Maior³.

Nesta ordem, a tutela especializou-se, fazendo com que institutos processuais clássicos, como a coisa julgada⁴, a litispendência e a legitimidade processual, passassem a ostentar traços condizentes com a natureza coletiva da ação, com expressão, em especial, nas diretrizes postas no Código de Defesa do Consumidor, na Lei da Ação Civil Pública e na Lei da Ação Popular.

Na visão de Sérgio Cruz Arenhart, “ninguém nega que o mundo globalizado conduz a que os interesses convirjam para mesmos bens e fruições. Em uma sociedade de massa, como a atual, é comum ver que os mesmos problemas e conflitos vivenciados por um são compartilhados por outros, já que se vinculam todos a uma só origem ou, o que é ainda mais típico, são interesses que não podem ser

2 Os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos estão dispostos, didaticamente, no art. 81 do CPC (Lei nº 8.078/90): “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.” A respeito destes últimos, mais próximos dos direitos individuais puros, Ives Gandra Martins Filho leciona constituir interesses individuais homogêneos os “decorrentes de uma origem comum, fixa no tempo, correspondente a ato concreto lesivo ao ordenamento jurídico, que permite a determinação imediata de quais membros da coletividade foram atingidos”. (MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Processo Coletivo do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 248). Transpondo-os para a ação civil pública e pelo critério de exclusão, Wilson de Souza Campos Batalha, em clássica doutrina, já abstraía de seu âmbito os “direitos subjetivos a uma exigibilidade especial”, defendendo que: (...) a ação civil pública visa a assegurar proteção a interesses ou direitos reflexos, abrangentes de toda a coletividade, ou de parte dela, ou de comunidades ou grupos específicos, quando não haja direito subjetivo a uma exigibilidade especial. Quando há direito subjetivo a uma exigibilidade especial, o titular desse direito subjetivo tem a ação que lhe compete e que será exercida por ele, ou, mediante lei expressa, por substituição processual. (BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito processual das coletividades e dos grupos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 301).

3 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Ação civil pública na Justiça do Trabalho: dificuldades processuais para a efetividade**. Síntese Trabalhista n.º 168, jun/2003, p. 16.

4 A coisa julgada, na hipótese da ação civil pública, vem disciplinada no artigo 16 da Lei n. 7.347/85, operando efeitos *erga omnes*, exceto se for julgada improcedente por insuficiência de provas, caso em que nova ação poderá ser intentada por qualquer legitimado, desde que assentado em nova prova.

titulados exclusivamente por uma pessoa apenas, mas, ao contrário, pertencem indistintamente a toda uma comunidade.⁷⁵

Nesta ordem, o legislador conferiu legitimidade concorrente⁶ ao Ministério Público para a ação de “declaração de nulidade” de cláusulas convencionais e do próprio negócio jurídico coletivo, sempre que se verificar a possibilidade de afronta às liberdades individuais ou coletivas ou aos direitos indisponíveis dos trabalhadores.⁷

Trata-se do fenômeno que Capelletti chamou de segunda onda do acesso à Justiça, centrada na preocupação dos grupos na busca da proteção a seus interesses: “Os heróis de hoje não são mais, pois sim, os cavaleiros errantes da Idade Média, prontos a lutar sozinhos contra o prepotente em valor do fraco e inocente, mas são, mais ainda, os Ralph Nader, são os Martin Luther King, são aqueles, isto sim, que sabem organizar seus planos de luta em grupo em defesa dos interesses difusos, coletivos metaindividuais, tornando a submeter as tradicionais estruturas individualísticas de tutela – entre as quais aquelas judiciais – às necessidades novas, típicas da moderna sociedade de massa.”⁸

-
- 5 ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137.
 - 6 A legitimidade do Ministério Público não afasta a possibilidade de os trabalhadores, empregadores e entidades sindicais promoverem ações para discutir os possíveis defeitos dos instrumentos coletivos, como questão principal ou meramente prejudicial de mérito (*incidentertantun*).
 - 7 A legitimação do Ministério Público do Trabalho, a exemplo dos outros ramos ministeriais, é extraída do próprio texto constitucional (art. 129, III), que atribuiu dentre suas funções institucionais a de promover o inquérito civil e a ação civil pública para resguardo da ordem jurídica, do regime democrático e de interesses massificados da sociedade. No plano infraconstitucional, a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública tem base na Lei nº 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), na Lei Complementar nº 40/81, na Lei nº 7.347/85, na própria Constituição Federal (arts. 127 e art. 129, § 1º) e, por fim, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que também a ela alude (art. 82, inc. I). No processo do trabalho é a Lei Complementar nº 75/93 que institui pressupostos e prerrogativas ao Ministério Público do Trabalho para a propositura de ação civil pública, dispondo, em seu art. 83, III, que o MPT atuará “**na defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos**”, e, em seu art. 84, que a ele incumbe exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV, do Título I, quais sejam, a de promoção do inquérito civil e ação civil pública para a defesa “**de outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos**” e as de defesa “**de interesses individuais homogêneos**” (art. 84 c/c art. 6º, VII, “d”).
 - 8 CAPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**. In Revista de Processo, volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 137.

Feitas tais considerações, passa-se à questão prática que motiva a reflexão desenvolvida no presente ensaio, como o mero intuito de fomentar a discussão a respeito do tema, sem, à evidência, qualquer pretensão de encerrá-la. O objetivo é diametralmente oposto: provocá-la. Ei-la: uma vez reconhecida a possibilidade de invalidar normas autônomas, bem como a legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para veicular tal pedido, questiona-se se é possível ao ente ministerial aduzir, em sede de ação civil pública, pretensão de anular, sob a nota de “incidentalidade”, norma convencional elaborada, a seu ver, em prejuízo de direitos mínimos que pretende ver respeitados, e, uma vez afastada a norma impugnada, impor tutela inibitória específica.⁹Qualificando-se a problemática, indaga-se se seria possível veicular tal pretensão em face de uma única e determinada empresa integrante da categoria econômica.

Antecipando, desde logo, posicionamento pela impossibilidade processual, dois conceitos devem ser lembrados, a fim de equacionar adequadamente a questão. Primeiro, o de instrumento coletivo e sua abrangência; segundo, o de declaração incidental de nulidade, seu cabimento e seus efeitos. Delimitados, exsurge-se a possível carência de ação proposta nos moldes referidos, a via da ação anulatória e a discussão a respeito da competência funcional para seu exame.

2. INSTRUMENTOS COLETIVOS NEGOCIADOS

A Convenção Coletiva de Trabalho, na acepção de Maurício Godinho Delgado¹⁰, é o instrumento resultante de “de negociações entabuladas por entidades sindicais, quer a dos empregados, quer a dos respectivos empregadores. Envolve, portanto, o âmbito da categoria, seja a profissional (obreiros), seja a econômica (empregadores). Seu caráter coletivo e genérico é, assim, manifesto. As convenções coletivas, embora de origem, criam regras jurídicas (normas autônomas), isto é, preceitos gerais, abstratos e impessoais, dirigidos a normalizar situações *ad futurum*. Correspondem, conseqüentemente, à noção de lei em sentido material, traduzindo ato-regra (Duguit) ou

9 Tal o caso, por exemplo, de ação civil pública visando afastar previsão convencional que suprime, em troca de remuneração correspondente, o direito ao intervalo intrajornada no regime de trabalho de 12x36, próprio de categorias sujeitas a peculiaridades específicas.

10 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 1.368.

comando abstrato. São, desse modo, do ponto de vista substantivo (ou seja, de seu conteúdo), diplomas destiladores de inquestionáveis regras jurídicas.”

O art. 611 da CLT reafirma a natureza de lei em sentido material dos acordos e convenções, resultante da autonomia privada coletiva.¹¹

Na esteira dos mesmos limites impostos às leis infraconstitucionais, há um conteúdo possível da norma coletiva, como refere Homero Batista Mateus da Silva, mencionando a existência de matérias infensas à negociação coletiva, notadamente aquelas que afrontam normas concernentes à segurança e à medicina do trabalho ou importem transigência de normas de ordem pública. A dificuldade está justamente, como aponta o autor, em identificar esta natureza, pois o “fervilhar das relações trabalhistas torna difícil saber até onde vai a segurança do trabalho e onde termina a norma de ordem pública, se, aliás, todo o direito do trabalho parece ter sido forjado na adversidade, mas sem deixar-se embrutecer.”¹²

A norma coletiva, portanto, conquanto prestigiada pelo art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, exige e comporta controle.

Cláudio Armando Couce de Menezes discorre sobre os meios de invalidação das normas coletivas, pontuando os seguintes: “Os defeitos e vícios das convenções e acordos coletivos podem ser constatados em sede de reclamação trabalhista movida por um empregado ou por grupo de trabalhadores, em ação proposta pelo sindicato, em demanda do empregador, e, ainda, na ação tratada no art. 83, IV, da LC nº 75/93.”¹³

11 CLT (DECRETO-LEI Nº 5.452/43): “Art. 611. *Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. § 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho. § 2º As Federações e, na falta destas, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizados em Sindicato, no âmbito de suas representações.*”

12 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**. Vol7: Direito Coletivo do Trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 174.

13 MENEZES, Cláudio Armando Couce de. **Anulação de cláusulas, acordos e convenções coletivas**. Justiça do Trabalho nº 217, p. 07.

Na ação individual, a apreciação da invalidade da cláusula ou do negócio jurídico como um todo, far-se-á em caráter incidental, “como mera prejudicial de mérito”, que não repercutirá, desta forma, efeitos de coisa julgada (art. 469, III, do CPC).

Ação declaratória de nulidade, competência funcional em sede de ação civil pública e declaração incidental

Sobre a questão incidental não pesa a autoridade da coisa julgada. De acordo com o art. 469, III, do CPC, não faz coisa julgada: “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”

Nos moldes do art. 470 do mesmo diploma processual, fará coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer, o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide. Tem-se, aí, nesse dispositivo, o fundamento legal da declaração incidental ou ação declaratória incidental.

É admissível, todavia, sob a nota da prejudicialidade, que o resultado prático almejado pela pretensão principal apenas seja possível através do exame de determinada questão (da constitucionalidade de uma norma ou mesmo da validade de uma norma convencional, por exemplo), o que se dá apenas “*incidenter tantum*”.

De acordo com as lições de Manoel Antonio Teixeira Filho¹⁴, “como questões prejudiciais entendem-se todos aqueles aspectos ou pontos de direito material debatidos no processo, que constituem pressuposto lógico para o proferimento da sentença e que poderiam ser objeto até mesmo de ação distinta. Daí, o sentido de ‘prejudicialidade’ dessas questões. Note-se, porém, que ditas questões não são, necessariamente, prejudiciais à sentença, embora em alguns casos possam sê-lo. Melhor explicando: tais questões são efetivamente prejudiciais se a decisão que o juiz proferir, a respeito delas, tornar-se inconciliável com a pretensão de fundo, deduzida pela parte - seja a contrária, seja a que suscitou a questão.”

Não há óbice, portanto, ao reconhecimento da nulidade “*incidentertantun*”, no julgamento de um caso concreto, dado que tal provimento insere-se nos limites jurisdicionais. A declaração de nulidade de cláusula de convenção ou acordo coletivo de trabalho, veiculada em sede de dissídio individual de competência das Varas do Trabalho, tem, no que toca à abrangência e extensão, seus efeitos limitados às partes litigantes (normalmente empregado e empregador).

14 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho**. Vol. II. São Paulo: LTr, 2009, p. 1392/1393.

Mas, nos casos em que se pretende atribuir efeito *erga omnes* à decisão, será a ação anulatória a medida apropriada para buscar a declaração de nulidade de cláusula convencional. São numerosas as decisões do TST nesse sentido, a exemplo das que seguem:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. NÃO-CABIMENTO PARA ANULAR CLÁUSULAS DE ACORDO COLETIVO DE TRABALHO OU DE CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. A ação adequada à pretensão é a ação anulatória, porquanto o art. 83 da LC nº 75, de 20.05.93, ao estabelecer a competência do Ministério Público do Trabalho para o exercício de suas atribuições, distingue, por terem finalidades diferentes, a ação civil pública (inciso III) da ação anulatória prevista no inciso IV, que cuida das violações de direitos acontecidas no bojo dos acordos ou convenções coletivas. Extinção do processo, sem apreciação do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido (precedente no mesmo sentido: ROACP nº 0300050/96, Ac. nº 0000087/97, Turma: DC).¹⁵

ANULAÇÃO DE CLÁUSULA CONVENCIONAL - ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - DESCABIMENTO. I - Não obstante a ação seja um direito autônomo e abstrato (arts. 3º e 267, VI, do CPC), é inegável que ela e a pretensão estão intrinsecamente unidas no processo, tal qual era estabelecido no artigo 75 do Código Civil de 1916, no sentido de que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”, norma que não tem correspondente preciso no atual Diploma, mas que volta a ter valor com o direito à tutela jurisdicional adequada. II - De acordo com o artigo 3º da lei 7.347/1985, “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Desse dispositivo extrai-se a natureza eminentemente cominatória da ação civil pública, ou seja, busca o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não-fazer estabelecida em lei ou em contrato, bem como a pena pelo seu inadimplemento. III - Ademais, é certo que a ação civil pública não ostenta natureza dispositiva negativa, que caracteriza a ação anulatória, cuja competência é dos Tribunais Regionais do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho. IV - Recurso conhecido e desprovido. TUTELA INIBITÓRIA. ABSTENÇÃO DE PACTUAR CLÁUSULAS CONVENCIONAIS SIMILARES ÀS

15 TST. ROACP nº 297.480/96, Ac. SDC, Rel. Min. Antonio Fábio Ribeiro, DJU 23.05.97, p. 22123.

QUESTIONADAS. RECURSO INTERPOSTO UNICAMENTE À GUIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INESPECIFICIDADE DOS PARADIGMAS À LUZ DA SÚMULA Nº 296. I - Os arestos trazidos para cotejo são imprestáveis para comprovar a divergência jurisprudencial, visto que não há neles tese contrária a adotada pela decisão recorrida consistente em não ser possível conceder tutela inibitória para que sindicatos se abstenham de pactuar cláusulas em contravenção a direitos mínimos da classe trabalhadora, dada as garantias constitucionais da autonomia sindical e da liberdade de negociação. II - Nenhum deles sequer analisa a questão específica da tutela inibitória pretendida à luz das garantias constitucionais da autonomia sindical e da liberdade de negociação, sendo imposterável a aplicação da Súmula 296 do TST. III - Recurso não conhecido.¹⁶

Mauro Schiavi¹⁷, depois de discorrer sobre os legitimados à propositura da ação anulatória, assinala que “os empregados e empregadores, individualmente, podem ingressar com ações anulatórias de norma coletiva, já que sofrem os efeitos do referido instrumento. Se preferirem, o que é mais usual, podem ingressar com reclamação trabalhista, pretendendo, *incidenter tantum*, a anulação de determinada cláusula coletiva. Nessa hipótese, a ação é individual, e não coletiva. Também os efeitos da sentença são inter partes. Se o pedido de nulidade for incidente, sequer haverá coisa julgada a respeito, salvo se houver ação declaratória incidental (artigos 5º e 325 do CPC).”

Nesse sentido também é a visão de José Cláudio Monteiro de Brito Filho: “No caso específico da ação anulatória de cláusulas convencionais, prevista no artigo 83, IV, da Lei Complementar n. 75/93, é o Ministério Público do Trabalho que age por seus órgãos, conforme visto no 1º capítulo, o legitimado ativo. Isso não significa que outros interessados não possam pleitear a nulidade de cláusulas de norma coletiva que fira seus direitos. Os trabalhadores, individualmente ou em grupo, têm legitimidade para deduzir tal pretensão em juízo. Fá-lo-ão, todavia em ação própria,

16 TST. RR/124900-03.2005.5.10.0802, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 02/12/2009, 4ª Turma, Data de Publicação: 11/12/2009.

17 SCHIAVI, Mauro. **Aspectos polêmicos da ação anulatória de normas convencionais após a EC 45/04**. Juris Plenum – Trabalhista e Previdenciário. Ano III. Número 10. Fevereiro de 2007, p. 67/68.

por meio de reclamação trabalhista. A ação anulatória, como defendida pela LC n. 75/93, tem um único legitimado ativo: o Ministério Público do Trabalho”.¹⁸

As regras de competência são afetas à estrutura do Poder Judiciário, tendo por diretriz as normas insculpidas na própria Constituição Federal e, no plano infra-constitucional, delimitadas por normas processuais específicas.

A discussão sobre a competência para julgar ação anulatória de convenção ou acordo coletivo de trabalho, acirrada na doutrina, especialmente em face de entendimento consolidado no TST¹⁹, perde consistência no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Neste, tratando-se de pretensão voltada à declaração de nulidade de cláusulas convencionais, a competência originária é da E. Seção Especializada, conforme art. 20 do Regimento Interno, “*verbis*”: “Art. 20. Compete à Seção Especializada: I - processar e julgar, originariamente: (...) d) as ações anulatórias de cláusulas de instrumento normativo.”

3. PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DA VALIDADE DA NORMA COLETIVA EM FACE DE UMA EMPRESA DA CATEGORIA ECONÔMICA – INCIDENTALIDADE INEXISTENTE

Como visto, as cláusulas convencionais, sobretudo aquelas que excedem os limites da legítima negociação coletiva (art. 7º, XXVI, da Constituição Federal) e afrontam princípios constitucionais e de ordem pública, podem ser consideradas inválidas, de forma incidental, em qualquer ação trabalhista, sem necessidade de

18 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **O Ministério Público do Trabalho e a ação anulatória de cláusulas convencionais**. São Paulo: LTR, 1998, p. 70.

19 A jurisprudência do TST se consolidou no sentido de que a competência para processar e julgar a ação anulatória segue regramento idêntico ao do dissídio coletivo: se a norma impugnada alcança até uma Regional, a competência será do TRT respectivo; se ultrapassar esse alcance, a competência será do TST. Colhe-se, nesta linha, o seguinte julgado: “(...) COMPETÊNCIA HIERÁRQUICA DO TRT. A reiterada jurisprudência deste Eg. Colegiado cristalizou a orientação de que a competência para decidir acerca da validade ou da nulidade de normas relativas às condições coletivas de trabalho estende-se, por força de disposição expressa da Lei 8.984/95, às disposições constantes de convenções e acordos coletivos de trabalho e constitui atribuição exclusiva dos Órgãos Jurisdicionais Trabalhistas de instâncias superiores, a saber, os Tribunais Superior e Regionais do Trabalho, aos quais competem a produção e interpretação de tais normas, como decorrência lógica do exercício do Poder Normativo. (...)” (Processo: ED-ROAA - 579985-16.1999.5.10.5555 Data de Julgamento: 07/02/2000, Relator Ministro: Valdir Righetto, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DJ 03/03/2000).

ação própria e específica para esta finalidade. Nestas situações, a norma tida como viciada deixa de ser aplicada e a questão é resolvida pela incidência de outras legitimamente integrantes da ordem jurídica.

Tal não ocorre, no entanto, quando a veiculação se dá em sede de ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho em face de determinada empresa, porque a extensão dos efeitos da decisão neste âmbito é absolutamente incompatível com a natureza da declaração incidental. Quando pretende, por exemplo, em face dela, a *declaração incidental* de nulidade de determinada norma coletiva, como aquela que prevê hora noturna de sessenta minutos e supressão do intervalo intrajornada no regime de 12x36, tal declaração não possui mera nota de prejudicialidade em relação aos pedidos de que a empresa abstenha-se de suprimir o intervalo e conceda o tempo mínimo legal, conforme disposto no art. 71 da CLT, ou considere a hora noturna reduzida, mas, vislumbrados os efeitos da decisão e sua realização material, constituem o próprio objeto da ação. A decisão proferida em sede de ação coletiva, porque não fica adstrita às pessoas singulares do processo, tem um espectro distinto da ação individual. E, se a ação não é individual, os efeitos nela produzidos são transcendentais; assumem, pois, aptidão para comprometer a incidência da norma impugnada em um universo subjetivo incondizente com a mera declaração incidental de invalidade.

Neste contexto, a afirmação, no bojo na petição inicial da ação civil pública, de que a declaração pretendida é puramente incidental, está em descompasso com os efeitos que dela decorrem, absolutamente impróprios desta espécie de julgamento. Trata-se do pedido principal da demanda, do qual decorre a resolução das demais pretensões, produzindo efeitos próprios de uma declaratória de nulidade de cláusula normativa, conforme previsão do art. 83 da Lei Complementar nº 75/93, de competência originária dos Tribunais.²⁰

A respeito de pedido de nulidade propriamente considerado, deduzido ao largo da questão incidental, discorre Couce de Menezes:

20 Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...) I - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos socialmente garantidos; (...) IV - propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores; (...).

Pensamos que a reclamação não deve pedir a declaração de nulidade da condição, da convenção e do acordo ou a sua desconstituição (anulação), pois acarretaria problema de difícil solução. É que não se pode, apenas para um interessado, declarar a nulidade ou decretar a anulação de cláusula ou de instrumentos coletivos aplicáveis à categoria como um todo.

Com efeito, a indivisibilidade ou incindibilidade do direito ou da obrigação dá origem ao litisconsórcio unitário que impõe decisão uniforme à demanda. Não é lícito ao juiz, em título que se irradia para todos os interessados, declarar a nulidade para alguns e a validade para outros, desconstituir para certos obreiros e manter o negócio jurídico para os demais. E tal coisa se passa indiscutivelmente na demanda de interesse do empregado, ou de dada coletividade, no tocante à cláusula coletiva ou à totalidade do pacto coletivo.

Para superar esse obstáculo, todos os empregados ou trabalhadores interessados devem se perfilhar em litisconsórcio (unitário). A ausência de apenas um titular do direito já seria suficiente para inviabilizar a ação dos restantes, a não ser que se admita a substituição processual do ausente pelos demais, o que esbarraria provavelmente na interpretação restritiva emprestada ao instituto, notadamente esposada pelo TST (S. 310).²¹

Há outro fator que reforça tal impropriedade. Como visto, a norma convencional é resultado da convergência de múltiplas partes, que, pelo exercício da democracia social e pela prerrogativa constitucional da organização da profissão pelos próprios sujeitos dela representativos (art. 7º, XXVI, da Constituição Federal), sujeitam-se às condições econômicas e sociais então entabuladas. É ato, pois, de autonomia coletiva de vontade, próprio do poder normativo autônomo das entidades de classe. Sob o aspecto normativo, adverte Campos Batalha²², as convenções coletivas “têm eficácia imediata, *in mellius*, sobre os contratos individuais de trabalho, têm incidência *erga omnes* e caracterizam-se pela inderrogabilidade *in pejus* de suas cláusulas e estipulações.”

21 MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Op. cit., p. 07.

22 BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direitoprocessual das coletividades e dos grupos**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 58.

Nesta linha, sob o enfoque do direito coletivo, a pretensão de excluir uma única e determinada empresa componente da mesma categoria econômica, e os empregados a ela vinculados, do campo de incidência da norma convencional implica, no plano concreto, desconstituir uma das mais elementares regras de tratamento igualitário entre as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. Implica, outrossim, afronta direta ao princípio constitucional da igualdade insculpido no art. 5º, “caput”, da Constituição Federal.

Tal declaração, nos moldes ora examinados, implicaria inevitável disparidade de tratamento entre indivíduos da mesma categoria. A um, empregados exercentes de uma mesma função e integrantes de uma mesma categoria profissional estariam sujeitos a tratamento jurídico diferente apenas por serem ou não empregados da Reclamada. A dois, vislumbrando-se a questão sob o prisma patronal, uma empresa sujeitar-se-ia, isoladamente, a uma normatividade própria, resultante do rigor judicial interpretativo de cláusula convencional tida por imprópria aos limites da negociação coletiva. As demais, por não alcançadas pela declaração, fruiriam da plena eficácia da mesma norma. O efeito “erga omnes” próprio da ação coletiva estaria, assim, comprometido.

Conquanto um dos princípios gerais da ordem econômica seja a livre concorrência (art. 170, IV, da Constituição Federal), não é dado, especialmente ao Poder Judiciário, convalidar desonerações - ou onerações específicas - de interesses das categorias econômicas e profissionais instituídos no âmago da coletividade, a ensejar, em seu derradeiro efeito concreto, uma condição eminentemente desigual.

Veja-se que a própria Lei de Licitações consagra o princípio da isonomia nas licitações públicas ao preceituar, em seu art. 3º, que ela destina-se a garantir, a um só tempo, a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Nesta linha, a exclusão de uma empresa, apenas ela, do âmbito normativo da convenção coletiva que disciplina de maneira igualitária uma específica condição de trabalho, com possíveis reflexos econômicos, coloca-a diante de todas as demais em uma situação de invencível desigualdade de concorrência, e isso não apenas exatamente em decorrência de um possível encargo econômico superior (resultante, por exemplo, da escalação de outro empregado para cobrir o intervalo intrajornada daquele que efetivamente ocupa o posto), mas de toda uma condição normativa-organizacional que a coloca em uma situação de desigualdade diante das demais.

De outro lado, coloca o outro bloco de trabalhadores da mesma categoria, aqueles não beneficiados pela decisão e embora em maioria, sob uma aparência de inexplicável desproteção.

No plano ontológico e no atual estágio evolutivo em que se vislumbra o processo como instrumento apto a gerar uma decisão justa, quando se pretende extrair dele o melhor resultado possível²³, tal situação gera o potencial risco de surgirem tantos vereditos contraditórios quantas forem as ações assim ajuizadas, desconstituindo a unidade das categorias econômicas e profissionais, o prestígio da negociação coletiva e, sobremaneira, o princípio da unidade de convicção. Segundo este princípio, como enunciado pelo Ministro Cezar Peluso no julgamento do CC nº 7.204-1²⁴, “não convém que causas, com pedidos e qualificações jurídicos diversos, mas fundadas no mesmo fato histórico, sejam decididas por juízos diferentes, (...) por conta dos graves riscos de decisões contraditórias, sempre ininteligíveis para os jurisdicionados e depreciativas para a justiça”.

O princípio da segurança jurídica, imprescindível a uma prestação jurisdicional compreensível e aceitável aos que dela necessitam, está fundado no cânone da unidade de convencimento. Tem ele um viés acautelador da estabilidade de situações jurídicas formadas sob a égide de uma mesma norma; está, pois, intimamente relacionado com a confiança que o cidadão possui em um ordenamento jurídico sempre em mutação e, mesmo diante desta possibilidade, na expectativa de que qualquer mudança atingirá a todos, sem discriminação possível. A segurança como previsibilidade juridicizada seria, assim, um pressuposto absolutamente necessário para a afirmação de qualquer sistema jurídico concebido em

23 A respeito do processo civil de resultados, discorre o professor Cândido Rangel Dinamarco: “Diferente é o posicionamento moderno, agora girando em torno da ideia do processo civil de resultados. Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 108).

24 STF. CC 7204-1/MG, de 29-06-2005 (DJ 09.12.05). Nesta decisão, o Plenário do STF entendeu ser da Justiça do Trabalho a competência para o processamento e julgamentos das ações indenizatórias de acidente de trabalho e doença profissional movidas pelo empregado em face do empregador.

um Estado Democrático de Direito. Nesta linha, Christine Mendonça²⁵ lembra as lições de Paulo Barros de Carvalho e Eurico Marcos Diniz de Santi. Para o primeiro, a segurança jurídica seria um primado “dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta”.²⁶ Para o segundo, a segurança jurídica é um valor fundamental buscado pelo ordenamento jurídica, mas, todavia, “o direito em si não apresenta essa segurança, se apresentasse esse cânone seria desnecessário. Muito pelo contrário, o direito convive com o risco, com a insegurança: todas as normas jurídicas infraconstitucionais e constitucionais são, com exceção das chamadas cláusulas pétreas e das normas individuais e concretas que recebem o efeito de coisa julgada, susceptíveis de alteração, seja mediante controle jurisdicional, seja mediante o exercício das competências legislativa, judicial e administrativa. Por isso, a determinação do direito só é aferível no horizonte do presente. A segurança jurídica do futuro é garantir a estabilidade jurídica ao presente, que se torna passado”²⁷.

Os sentidos de previsibilidade e planejamento também são ressaltados por J. J. Gomes Canotilho, para quem “A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.”²⁸

Nesta ordem, a atribuição de competência originária a um dos órgãos do Tribunal traduz medida de política judiciária destinada, mediante prolação de decisões unitárias, ao resguardo do princípio da segurança jurídica. Tal política encontra-se albergada na organização constitucional do Estado brasileiro, a exemplo, guardadas as devidas especificidades, da previsão contida no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, “*verbis*”: “*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a*

25 MENDONÇA, Christine. Segurança na Ordem Tributária Nacional e Internacional. In: **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito**. Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi. Edição NOESES e IBET, 2005.

26 *Apud* MENDONÇA, Christine, op. cit., p. 48.

27 *Apud* MENDONÇA, Christine, op. cit., p. 48.

28 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª.ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 371/372.

guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.”

Mantendo-se este paralelo, o entendimento do E. STF quanto à declaração incidental de inconstitucionalidade pode ser transposto, com identidade de resultado, ao caso examinado. No julgamento da RCL 1.733-SP, o Ministro Celso de Mello, consignou que “o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo da fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.” (grifos acrescentados).

Ao julgar a RCL 559-MG, o Ministro Carlos Velloso consignou que o E. STF, pelo seu Plenário, no julgamento das Reclamações 597-SP (Relator para acórdão o Ministro Néri da Silveira), 600-SP (Relator também o Ministro Néri da Silveira) e 602-SP (Relator Ministro Ilmar Galvão), decidiu que a ação civil pública destinada à proteção de direitos individuais homogêneos não é substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade, esta de competência exclusiva da Corte Suprema, porque, no caso, a decisão proferida na ação civil pública não teria eficácia “erga omnes”, assim considerada em seu exato sentido.

No julgamento da RCL 1.503/SP entendeu o E. STF, em acórdão relatado pelo Ministro Dias Toffoli:

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEI Nº 9.688/98 - CARGO DE CENSOR FEDERAL - NORMAS DE EFEITOS CONCRETOS - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - PLEITO PRINCIPAL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTORNO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A ação civil pública em tela tem por objeto a Lei nº 9.688/98, que teve sua inconstitucionalidade arguida perante esta Suprema Corte, nos autos da ADI nº 2.980/DF, tendo o pleito sido rejeitado por se tratar de normas de efeitos concretos já exauridos.

2. A Lei nº 9.688/98 foi editada com o fim de imprimir eficácia à norma do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal de 1988,

após provocação por esta Suprema Corte (ADI nº 889/DF), norma essa que versa, especificamente, sobre o aproveitamento dos ocupantes do extinto cargo de censor federal em outras carreiras.

3. O pleito de inconstitucionalidade deduzido pelo autor da ação civil pública atinge todo o escopo que inspirou a edição da referida lei, traduzindo-se em pedido principal da demanda, não se podendo falar, portanto, que se cuida de mero efeito incidental do que restou então postulado.

(...)

O substrato da ação civil pública proposta nos moldes ora examinados é o mesmo. A declaração de nulidade assim deduzida não constitui mera questão prejudicial do que efetivamente pretende, na esteira de uma causa de pedir fundante do pedido, mas representa o pedido principal da demanda e atinge, na prática, a validade da norma coletiva para todos os empregados e potenciais empregados da empresa demandada, sob a agravante, neste aspecto, de se criar um terceiro gênero de efeito da decisão, ou seja, um efeito “erga omnes” limitado aos empregados presentes e futuros de tal empresa, exclusivamente. Os efeitos, repita-se, seriam “erga omnes mas nem tanto”, o que não se admite.

O interesse processual de agir resulta do binômio necessidade e adequação do provimento jurisdicional e, “in casu”, a ação seria imprópria ao objetivo visado. Como diz Kazuo Watanabe: “São razões de economia processual que determinam à criação de técnicas processuais que permitam o julgamento antecipado, sem a prática de atos processuais inteiramente inúteis ao julgamento da causa. As condições da ação nada mais constituem que técnica processual instituída para a consecução deste objetivo.”²⁹

Não é suficiente, todavia, que a atuação jurisdicional seja necessária para que o interesse processual se configure. Imprescindível haver o interesse/adequação, ou seja, o manejo da via processual adequada à tutela jurisdicional pretendida. Nesse sentido a lição de Nelson Nery Júnior: “Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade, do ponto de

29 WATANABE, Kazuo. In: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 50.

vista prático. Movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta inexistência do interesse processual.”³⁰

A falta de adequação da via processual eleita gera carência de uma das condições da ação: o interesse de agir. Nesse sentido, discorre Carlos Henrique Bezerra Leite sobre o trinômio necessidade-utilidade-adequação, necessário à configuração do interesse processual:

O interesse processual emerge do trinômio necessidade-utilidade-adequação. Vale dizer, o processo deve ser utilizado quando houver necessidade de intercessão do Estado-juiz para que este possa tutelar o alegado direito vindicado pelo autor. Dito de outro modo, sem o processo, o autor ficaria privado de meios para ver sua pretensão acolhida ou rejeitada pelo Poder Judiciário. O processo também deve ser útil para remediar ou prevenir o mal alegado pelo autor. Isso significa que não será útil se for empregado como mera consulta acadêmica ou instrumento de indagação, pois só o dano ou perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação. Além disso, o processo deve ser adequado a propiciar algum resultado útil ao autor. Daí alguns autores mencionarem a adequação como desdobramento do interesse processual, pois é imprescindível a existência de uma relação entre a situação lamentada pelo autor e o provimento jurisdicional concretamente solicitado.”³¹

No caso sob reflexão, nestas linhas, o Ministério Público do Trabalho careceria de ação (art. 267, VI, do CPC).

Não haveria, pois, com a amplitude dos efeitos pretendidos, como entender tratar-se de mera declaração incidental. Alinhando-se no sentido de considerar que a ação apropriada a esta pretensão é a anulatória, e acrescentando que uma hipótese típica é justamente aquela que constitui um dos pedidos da presente ação

30 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2001.

31 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 326/327.

(nulidade da cláusula que impõe desconto assistencial a todos os trabalhadores), discorre Ives Gandra Martins Filho:

Cláusulas que firam preceitos legais que alberguem direitos indisponíveis e não passíveis de flexibilização pela via da negociação coletiva deverão ser expurgados da avença, sob pena de lesão à ordem jurídica. Se o acordo é feito na fase judicial, o Ministério Público, como fiscal da lei, ao emitir seu parecer, pedirá a não homologação das cláusulas atentatórias à ordem pública. Se, no entanto, o acordo é extrajudicial, o meio processual para defesa da ordem jurídica lesada é a ação anulatória prevista no art. 83, IV, da Lei Complementar nº 75/93 para ser exercida pelo Ministério Público do Trabalho na defesa das liberdades individuais ou coletivas ou dos direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

Hipótese típica é a da previsão de desconto assistencial impositivo para toda a categoria a favor da entidade sindical, por ferir a liberdade individual de associação sindical (CF, art. 8º, V), cujo corolário é a liberdade de contribuição.

A ação anulatória será proposta pelo Ministério Público do Trabalho contra ambas as entidades convenentes - obreira e patronal -, pois somente assim haverá litígio trabalhista passível de apreciação pela Justiça do Trabalho, de vez que a ação estará sendo intentada contra os patrões que efetuam o desconto (ainda que a favor do sindicato), na defesa dos empregados que, nessa hipótese, têm interesse conflitante com o da entidade de classe.³²

Na mesma linha, o escólio de Arion Sayão Romita:

3. Ação civil pública para anular cláusula de convenção ou acordo coletivo. Constitui meio processual inidôneo. O art. 83, III, da Lei Complementar 75, se destina à defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados direitos sociais constitucionalmente garantidos. O preceito deve ser entendido em consonância com o art. 129, III, da

32 MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Processo coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 267.

CF. Ocorre que, na hipótese, não está em jogo interesse difuso nem coletivo.

A ação civil pública se destina à defesa de interesses difusos ou coletivos, mas nos casos em que o MPT dela se vale, ao postular perante a Justiça do Trabalho, estavam em jogo direitos de uma pluralidade de pessoas, titulares de direitos subjetivos, que não se dissolvem na impessoalidade dos direitos difusos nem dos coletivos, entendidos como os que transcendem a multiplicidade dos direitos individuais dos componentes do grupo ou coletividade.

Ação cabível é a anulatória (ou declaratória de nulidade) prevista pelo art. 83, inc. IV, da Lei Complementar 75. O MPT está investido de legitimidade processual para propor ação anulatória, mas esta prerrogativa não se estende à propositura da ação civil pública que tenha por objeto a apontada declaração.³³

Sob tais premissas, equivocado, pela permissividade dos efeitos *ultra partes* – restritos à categoria, classe ou grupo – fazê-los incidir sobre trabalhadores de uma única empresa.

Nesta linha, a classe deve compor o polo passivo da ação anulatória.³⁴ A respeito, discorre Carlos Henrique Bezerra Leite³⁵: “No polo passivo da ação anulatória ajuizada pelo MPT figurarão as partes que firmaram o acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, pois a extinção da relação jurídica material atinge, por óbvio, os seus sujeitos. Há, neste caso, formação de um litisconsórcio necessário (CPC, art. 47), já que, em razão da natureza da relação jurídica material deduzida, o juiz deverá decidir de modo uniforme para todas as partes. Vale dizer, a nulidade declarada judicialmente alcançará ambos os sujeitos do instrumento normativo coletivo.”

A pretensão, como vislumbrada na problemática posta neste ensaio, implica, em derradeira análise, exercício não autorizado de poder legiferante. A Emenda

33 ROMITA, Arion Sayão. **Legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor ação anulatória**. Synthesis 29/99, p. 62.

34 A coisa julgada aqui é *ultra partes* e não *erga omnes*, porque, apesar de atingir quem não tenha sido parte, limita-se ao grupo, categoria ou classe. Lembremos que na hipótese de direitos coletivos, os titulares estão ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. Essa, a razão da limitação da lei.

35 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**, p.1.378.

Constitucional nº 45/04, ao disciplinar o poder normativo da Justiça do Trabalho, incluiu a expressão “de comum acordo” no texto constitucional (art. 114, § 2º, da Constituição Federal), como condição de ajuizamento da ação de dissídio coletivo, exatamente para prestigiar a vontade das partes em atribuir ao órgão jurisdicional competência para criar condições de trabalho com força obrigatória.

Após a reforma do Judiciário, a norma constitucional passou a contar com a seguinte redação: “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.” Mesmo esta função jurisdicional de criar normas e condições de trabalho retrata um método de composição dos conflitos condicionada aos interesses geral e particular das partes, sem comprometer a negociação coletiva.

Não é dado ao Poder Judiciário, neste desiderato, excluir uma ou determinada fatia da categoria do âmbito de incidência da norma resultante do dissídio, assim como não lhe é autorizado, transpondo-se o raciocínio para o caso examinado, dizer, mesmo sob a nota de “incidentalidade”, que apenas uma específica empresa não se sujeita à ordem convencional legitimamente negociada e preservada para outras.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo diante da inegável honrosa atuação do Ministério Público do Trabalho na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não lhe cabe veicular, no bojo da ação civil pública, pretensão de desconstituir cláusula normativa em face de uma única empresa da categoria. O espectro da ação é amplo e o polo passivo deve ser integrado, em litisconsórcio unitário (art. 47 do CPC), pela classe.

Primeiro, por vislumbrar que não se trata de declaração incidental, mas de típico pedido de nulidade de cláusula normativa. Depois, assim situado, reconhecer que, sendo veiculado pelo Ministério Público do Trabalho, na esteira da legitimidade que lhe foi outorgada, a ação apropriada é a anulatória de cláusula de convenção ou acordo coletivo de trabalho, sujeita, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, a regras próprias de competência funcional, e à decisão com eficácia *erga omnes*, abstratamente, para toda a categoria abrangida pela norma ilegítima.

Considerando que o objeto da ação é expurgar da ordem jurídica a cláusula impugnada, a exemplo do que ocorre com as decisões declaratórias de inconstitucionalidade das leis proferidas em sede de ADIN's, conclui-se que a via processual da ação civil pública não é adequada para tal declaração.

Não é juridicamente possível declarar tal invalidade em face de uma única – ou algumas – empresa da categoria, sob pena de inarredável afronta ao princípio isonômico insculpido na Constituição Federal.

Aceitar a veiculação como posta acarretaria, ainda, por via transversa, transpor o entendimento já consolidado no TST de não ser possível, na ação anulatória, cumular pedidos cominatórios.

Não se trata, pois, de negar a grande eficácia da ação civil pública como instrumento processual de combate às injustiças sociais, no moderno contexto da “jurisdição metaindividual”, como leciona Carlos Henrique Bezerra Leite³⁶, mas de, em respeito aos postulados sistematicamente examinados neste artigo, reconhecer que outra é a via processual apropriada à pretensão declaratória de nulidade de norma convencional, nos moldes propostos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito processual das coletividades e dos grupos**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1992.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **O Ministério Público do Trabalho e a ação anulatória de cláusulas convencionais**. São Paulo: LTR, 1998, p. 70.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**. In Revista de Processo, volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005;

36 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **O sistema integrado de acesso coletivo à Justiça e à nova “jurisdição metaindividual**. Síntese Trabalhista n.º 159, ago/2002, p. 19.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **O sistema integrado de acesso coletivo à Justiça e à nova “jurisdição metaindividual**. Síntese Trabalhista n.º 159, ago/2002.

MENDONÇA, Christine. Segurança na Ordem Tributária Nacional e Internacional. *In: Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi. Edição NOESES e IBET, 2005.

ROMITA, Arion Sayão. **Legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor ação anulatória**. Synthesis 29/99, p. 62

SCHIAVI, Mauro. **Aspectos polêmicos da ação anulatória de normas convencionais após a EC 45/04**. Juris Plenum – Trabalhista e Previdenciária. Ano III. Número 10. Fevereiro/2007.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**. Vol7: Direito Coletivo do Trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Ação civil pública na Justiça do Trabalho: dificuldades processuais para a efetividade**. Síntese Trabalhista n.º 168, jun/2003.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho**. Vol. II. São Paulo: LTr, 2009.

CRISE CAPITALISTA E DIREITOS SOCIAIS: O PROCESSO POLÍTICO ELEITORAL EM WEIMAR E A ASCENÇÃO DO NAZISMO

Wilson Ramos Filho ¹

1. INTRODUÇÃO

Ao final da Primeira Guerra inicia-se o declínio do ideário liberal até então dominante, cuja concepção de sociedade estava fundada no individualismo e no rechaço da possibilidade de intervenção estatal no âmbito contratual e social para beneficiar as classes despossuídas de propriedade. Na narrativa que se construiu para negar seu caráter classista do Estado Liberal o mercado - como *mão invisível* - deveria de modo neutro ordenar e dotar de *harmonia* as estruturas sociais para enfatizar que “até então” o Estado não intervinha nas relações contratuais e sociais. Esta narrativa é falsa e mistificadora. Falsa porque o Estado, mesmo antes da “invenção dos direitos sociais”, sempre interveio nas relações econômicas, distribuindo de modo desigual não apenas as possibilidades de acesso a bens, mas fundamentalmente, às condições de exercício do Poder político, social, econômico e cultural. Mistificadora, porque tenta reinventar o passado para apresentar o

1 Doutor em Direito (1998), é professor no *Máster Oficial* e no *Doctorado en Derechos Humanos, Interculturalidade y Desarrollo*, na *Universidad Pablo de Olavide*, em Sevilha, no mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia na UNIBRASIL e na graduação, mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, em Curitiba, nas disciplinas de Trabalho e História, Direito e Cinema e Direito do Trabalho. Membro da Academia Paranaense de Direito do Trabalho realizou pesquisa em pós-doutorado na *École de Hautes Études en Sciences Sociales*, em Paris (2008-2009) e atualmente preside o *Instituto Defesa da Classe Trabalhadora* (www.declatra.adv.br).

intervencionismo estatal como aberração que decorrerá do embate de idéias que opunham “os liberais” aos “reformadores sociais”, omitindo que desde sempre o Estado interveio para preservação dos interesses do *status quo* reprimindo, com violência, todas as tentativas de contestação do *intervencionismo liberal*.

Verdadeiramente o que restou alterado no alvorecer da década de vinte do século passado foi o *sentido do intervencionismo* na medida em que, pela primeira vez na Europa, foram constitucionalizados direitos, ditos sociais, para as classes que, por não terem outra maneira de sobreviver, aceitavam se subordinar em condições de exploração a empregadores e aos que, privados de um trabalho regular, encontravam-se em desemprego. Depois da Constituição alemã de 1919, progressivamente, outros Estados também passaram a “reconhecer” direitos e garantias aos pobres não em razão da “nova mentalidade” instalada, mas das correlações de forças concretas entre as classes sociais, historicamente determinadas em cada Estado europeu.

O processo histórico inaugurado pela Constituição de Weimar potencializou movimentos insurgentes e instrumentalizou lutas sociais em várias partes do mundo, servindo de inspiração para todas as Constituições democráticas ao longo do século XX e para a construção do Direito do Trabalho, como ramo autônomo dotado de doutrina e de instituições próprias, que *intervindo* no domínio contratual, desmercantiliza em maior ou menor grau as condições de compra e venda da força de trabalho.

Como sempre lembrado por Romagnoli se faz necessário freqüentar o passado para historificar a cultura dos juristas do trabalho e, assim, entender e criticar melhor o presente. De fato, constitui-se em urgência revisitar criticamente o passado para compreender e transformar o presente em que se tenta, *invertendo* novamente o sentido do intervencionismo estatal, desconstruir a Europa Social por intermédio de sequenciais reformas precarizadoras de direitos.

A retomada da intervenção estatal por parte dos mais diversos países no início de 2009 com a injeção de bilhões de dólares em empresas financeiras ameaçadas de bancarrota, a juros subsidiados ou mediante estatizações totais ou parciais demonstrou que a hipótese da *mão invisível* do mercado se mostra, como em 1929, inconsistente. De certa maneira, não seria exagerado afirmar-se que a atual intervenção estatal tem para os neoliberais o mesmo efeito que a queda do muro de Berlin teve para os stalinistas em 1989 e que a quebra da bolsa de Nova York teve para os teóricos liberais há mais de oitenta anos.

Esse novo intervencionismo invertido tem características distintas do modelo *weimariano*, pois ao “socializar” os prejuízos das empresas, repassa seus custos

para toda a sociedade, ensejando protestos sociais na Europa e em várias partes do mundo.

No presente artigo serão analisadas rapidamente o contexto da República de Weimar, as divergências havidas na esquerda alemã no início dos anos trinta, finalizando com a apresentação de alguns elementos de similaridade entre alguns discursos em face da crise capitalista de atual e aqueles que na Alemanha terminaram por justificar e promover a chegada dos nazistas ao poder.

2. O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: CEDER ANÉIS PARA NÃO CEDER OS DEDOS

A constituição alemã de 1919, assim como a mexicana² de 1917, inauguraram o constitucionalismo social por agregar para além dos direitos e das garantias de inspiração tipicamente liberal dispositivos de natureza social que atribuíam responsabilidades ao Estado quanto ao bem-estar dos seus cidadãos, materializando a correlação de forças entre as classes sociais existente naquelas oportunidades. Apesar de sua questionável efetividade prática a Constituição de Weimar sempre é lembrada como primeira manifestação europeia de intervencionismo estatal na economia, seja para enfatizar suas virtudes (por parte daqueles preocupados com a construção do Estado Democrático de Direito), seja para potencializar seus defeitos (por parte dos autores mais apegados à ideologia liberal e ao seu sucedâneo, a ideologia neoliberal). Seja como for, a relação entre as classes sociais na Alemanha do primeiro pós-guerra foi de fato materializada na Constituição de Weimar consagrando direitos sociais³, da mesma forma que o fim da República que ela fundou, também decorreu dessas mesmas relações de classe.

2 Em decorrência da Revolução Mexicana iniciada em 1910 contra o ditador Porfirio Diaz direitos sociais restaram consagrados no texto constitucional merecendo destaque a regulamentação da duração da jornada em oito horas e a limitação da jornada noturna em seis horas, dentre outros direitos trabalhistas e sociais. Esta experiência histórica, embora não seja objeto deste estudo, merecer referência.

3 “O rol sistematizado de direitos constante do Livro II da Constituição de Weimar, (que compreende os artigos 109 a 165), ao garantir tanto liberdades públicas como prerrogativas de índole social, notabilizou e celebrou a Constituição Alemã de 1919, dentre os quais devem-se destacar as seguintes garantias: proteção e assistência à maternidade (arts. 119, § 2º e 161); direito à educação da prole (art. 120); proteção moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122); direito à pensão

2.1. A “revolução alemã” e a cisão da classe trabalhadora germânica

O rápido processo de industrialização experimentado pela Alemanha na virada do século XIX para o século XX permitiu o surgimento de uma influente classe empresarial e de um forte movimento obreiro. As relações entre tais classes sociais foram materializadas em avanços, seja no campo da seguridade social⁴, seja quanto aos valores dos salários, seja quanto a outras vantagens, dentre as quais a duração do trabalho, em razão da significativa mobilização dos trabalhadores alemães, que não cessou nem durante a Grande Guerra, muito embora em seu contexto devam ser buscadas as origens das divergências políticas e ideológicas que irão caracterizar a classe trabalhadora durante toda a República de Weimar, em função do pacifismo reivindicado por parte do movimento sindical operário que se opunha à continuidade do conflito.

Como o Partido da Social Democracia Alemã – SPD, fundado ainda no século XIX e com expressividade eleitoral em torno de um terço do eleitorado nos primeiros anos do século XX, apoiava a continuidade da guerra, alguns militantes socialistas que defendiam o armistício restaram expulsos do até então unitário

para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público (art. 129); direito ao ensino de arte e ciência (art. 142); ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145); gratuidade do material escolar (art. 145); direito a “bolsa estudos”, ou seja, à “adequada subvenção aos pais dos alunos considerados aptos para seguir os estudos secundários e superiores, afim de que possam cobrir a despesa, especialmente de educação, até o término de seus estudos” (art. 146, § 2º); função social da propriedade; desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153, § 1º); direito a uma habitação sadia (art. 155); direito ao trabalho (arts. 157 e art.162); proteção ao direito autoral do inventor e do artista (art. 158); proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (Art. 161 - previdência social); direito da classe operária a “um mínimo geral de direitos sociais” (art. 162); seguro desemprego (art. 163, § 1º) e direito à participação, mediante Conselhos – Conselhos Operários e Conselhos Econômicos –, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei (art. 165)”. (PINHEIRO, 2005).

- 4 Os atuais modelos de proteção social podem ser divididos em dois grandes tipos de históricos: (i) o chamado *beveridginiano*, em referência a seu idealizador na Inglaterra, designa aquele onde os riscos são financiados por impostos. O caráter universal das prestações as coloca sob a égide da solidariedade nacional em função da capacidade contributiva de cada cidadão; e (ii) o sistema *bismarkiano*, em referência ao idealizador do primeiro sistema de assistência social na Alemanha ainda no século XIX. Nele podem ser agrupados os modelos que se baseiam em cotizações sobre o salário, constituindo-se em verdadeiro “salário socializado” (TREILLET, 2011: 95).

SPD, sob a acusação de que se constituíam em “inimigos internos” do Império Alemão. Os que foram expulsos fundaram o Partido Social Democrata Independente – USPD, do qual uma das tendências internas era a Liga Spartakista⁵, sob a liderança de Rosa Luxemburg e Karl Liebknecht, intelectuais que tiveram importante participação na organização da greve geral entre janeiro e fevereiro de 1918, contando com a adesão de mais de um milhão de trabalhadores, e inaugurando o período que ficou conhecido como “a revolução alemã” sufocada pela promulgação da Constituição de 1919.

A ala majoritária do Partido Social Democrata (de onde havia saído sua ala esquerda, para fundar o USPD), sob a liderança de Friedrich Elbert, optou por negociar com o patronato uma saída institucional para a crise, e, abrindo mão da reivindicação *spartakista* do controle das fábricas pelos conselhos, obteve a limitação da jornada de trabalho em 8 horas diárias e a previsão de futuras convenções coletivas para regular a relação entre as classes sociais fundamentais⁶, fatos tais que muitas vezes são lembrados como fundantes do Direito do Trabalho contemporâneo.

Neste conturbado período a parcela mais mobilizada do movimento obreiro que vinha se fortalecendo desde o início do século fomentou a criação de *consejos de operários e de soldados* nos moldes soviéticos, reproduzindo em alguma medida as táticas utilizadas no período revolucionário que culminou com a revolução socialista na Rússia em 1917. Contando com expressiva base social estes *consejos* promoveram centenas de greves nas grandes cidades, dentre as quais

5 Parcela dos militantes da SPD, a partir de 1915 passa a editar e a difundir Cartas Políticas assinadas Spartakus. Os *spartakistas*, como passaram a serem conhecidos, faziam propaganda revolucionária entre os trabalhadores, organizavam ações de massas contra a guerra. Em Abril de 1917 os *spartakistas* entraram para o USPD, centrista, conservando nele a sua autonomia organizativa. Em Novembro de 1918 parte do grupo original constituiu a *Liga Spartakus*.

6 “*La mayor preocupación de Elbert, a partir de este momento, será evitar que se extienda la Revolución. Es preciso que las cosas vuelvan a su cauce lo antes posible. Sin embargo, la situación en Berlín es explosiva y los comisarios no encuentran el medio de zafarse de las presiones de los espartaquistas. Este enemigo, el bolchevismo, es el enemigo común de la socialdemocracia y del Ejército; en consecuencia, no tendrán más opción que unirse para salvar el país del contagio bolchevique, acción que se emprende sin tardanza a partir del momento en que Elbert toma el poder, con el total acuerdo de los Independientes... Mientras tanto, Elbert se preocupa también de anexionarse una parte de la clase obrera. El 12 de noviembre anuncia la adopción de la jornada de ocho horas. El 15 de noviembre los sindicatos (dominados por la SPD mayoritaria) firman un acuerdo con el patronato ...El 23 de diciembre, una disposición introduce los convenios colectivos en el derecho alemán*” (KLEIN, 1970: 28).

Berlin, que aceleram a queda da monarquia e instauram uma situação de duplo poder na sociedade, uma vez que a República é proclamada por Liebknecht e seus pares do movimento obreiro mais radicalizado, e, simultaneamente, por Friedrich Elbert, líder do SPD: o primeiro proclamando a vitória da revolução socialista e o segundo buscando rapidamente uma reestruturação institucional pela formação de coalizão de governo entre a SPD e a USPD⁷.

Com a proclamação da República ocorreu rápida reconstituição dos partidos que haviam atuado na monarquia para concorrer com o SPD e com o USPD: a direita católica cria o Zentrum, a direita conservadora funda o Partido Nacional Alemão do Povo – DNVP, e a direita liberal cinde-se em duas alas: a do Partido Populista Alemão – DVP e o Partido Democrata Alemão – DPP, partidos estes que tinham em comum o receio em relação ao que lhes parecia ser a maior ameaça: a revolução socialista em face das péssimas condições de moradia, de vida, de saúde, de educação do povo alemão quando da capitulação.

Reagindo a esta tentativa de reinstitucionalização Liebknecht, Luxembourg e seus pares se recusam a participar no governo de coalização proposto por Elbert para a República que proclamara. Insistindo na necessidade de imprimir um caráter socialista à nascente república, com a abolição da propriedade privada e com a outorga do poder aos conselhos de operários e soldados, os *spartakistas* depois de romperem com os Independentes da USPD, em congresso realizado em 30 de Dezembro de 1918 a primeiro de Janeiro de 1919, fundaram o Partido Comunista da Alemanha– KPD.

Com a recusa do KPD em participar do primeiro governo de coalizão e da própria Assembleia Constituinte os comunistas foram convertidos em inimigo comum⁸ a ser combatido pelos diversos setores sociais (forças armadas, monarquistas, empresariado alemão e setores da social-democracia) que disputavam o poder durante esse período porquanto seus principais líderes eram identificados e isolados.

7 Constituiu-se o “Governo dos Seis Comissários do Povo”, composto por Elbert, Scheidemann e Landsberg pelo SPD e Hasse, Dittmann e Barth pelo USPD.

8 Uma das principais preocupações do SPD e do empresariado alemão teria sido, segundo uma dada perspectiva de análise, “evitar que a revolução se estendesse. Era preciso que as coisas voltassem ao normal o mais rapidamente possível. A situação em Berlin era explosiva e os agentes governamentais não encontram meios de se safar das pressões sociais. O inimigo comum restava identificado: o *bolchevismo*.” (KLEIN, 1970: 28)

No curto período de novembro de 1918 a meados de janeiro de o governo Elbert e os setores que o apoiavam travaram uma “uma luta sem trégua” para esmagar o KPD e a ala revolucionária dos independentes, culminando com a caçada aos “inimigos internos da Alemanha” por parte dos “corpos voluntários”, como eram denominadas as tropas irregulares formadas por mercenários ex-militares que não aceitavam a derrota alemã na guerra e que se encontravam sem perspectivas políticas desde então (RICHARD, 1988: 41). Esses mercenários financiados por aristocratas e por industriais se encarregam de iniciar o que denominaram como “contrarrevolução” para restabelecer a ordem pelo terror⁹: prendendo e assassinando os líderes comunistas chegou-se ao “ponto de não retorno da esquerda alemã”¹⁰ gerando antagonismos recíprocos que, catorze anos mais tarde, ensejam a chegada dos nazistas ao governo, como se verá.

2.2. A Assembléia Constituinte e a ideologia de Weimar

Com o assassinato de seus líderes, o recém-fundado KPD, que já havia se recusado a compor a coalizão com o SPD para formar o primeiro governo republicano, novamente se recusou a participar do processo que elegeu a Assembléia Constituinte, em postura que será mais tarde criticada pela Internacional Comunista¹¹, eis que o eleitorado alemão participou massivamente das eleições então convocadas, ignorando o chamamento do KPD pela abstenção.

Nestas eleições, apesar de amalhar quase a metade dos votos, o SPD não alcançou maioria dentre os eleitos. Em face disso, os social-democratas se viram forçados a compor o governo parlamentarista incorporando deputados eleitos pelo Zentrum e pelo DDP.

9 A ala majoritária do SPD do presidente Elbert encarregou a liderança dos “corpos voluntários a Gustav Noske com carta branca para submeter os rebeldes pelas armas” dizendo: “é preciso que um de nós faça o papel de cão sanguinário” (RICHARD, 1988: 41).

10 “Com o assassinato de Rosa Luxemburgo e Liebknecht, tornou-se irrevogável a divisão da esquerda européia entre os partidos comunistas e socialistas (...) a morte de Rosa Luxemburgo tornou-se o divisor de águas entre duas eras na Alemanha; e tornou-se o ponto sem retorno para a esquerda alemã...”. (ARENDE, 1987: 39)

11 A recusa a participar do pleito restou criticada por Lênin em seu conhecido texto intitulado “esquerdismo, doença infantil do comunismo”.

Esta composição de forças para formação do governo da nascente República desenhou a *ideologia da Constituição* promulgada oficialmente em 11 de agosto de 1919. Assim, a “coalizão de Weimar”, memorizada pelos comunistas como “a traição socialdemocrata”, compreendia o *socialismo reformista* (SPD) baseado nas idéias de Marx e de Bernstein; o liberalismo burguês (DDP) fortemente influenciado pelas idéias de dois de seus militantes ilustres, Max Weber e Hugo Preuss, jurista liberal de origem judaica considerado “pai da Constituição”; e o *catolicismo político* (Zentrum), partido criado para defender os interesses da minoria católica e da Igreja, que temia perder vários privilégios com a proclamação da República (THALMANN, 1988: 54).

Ao proclamar direitos sociais para além dos direitos de liberdade característicos das demais Constituições – como forma de pacificar o país e obter um consenso mínimo que propiciasse a reinstitucionalização do Estado Alemão nos moldes capitalistas –, a Constituição de Weimar, mesmo contando com certa desconfiança de parte dos teóricos contemporâneos¹², permitiu que se atendessem parte das reivindicações da classe trabalhadora, pela articulação de três elementos principais: (i) a afirmação de um princípio material de justiça e de igualdade em matéria social; (ii) a limitação da propriedade privada pela sua finalidade social, que poderia ir até a expropriação e à socialização; e (iii) a afirmação de direitos dos trabalhadores, dentro de uma perspectiva de transformação da sociedade pelas vias institucionais, compreendendo uma ruptura com as visões políticas, de tipo integracionista, que rejeitavam a introdução da questão social no domínio constitucional (HERRERA, 2011: 30).

Em certa medida esses elementos estruturantes da Constituição também caracterizaram de modo perene a própria instável República de Weimar em que se contrapunham interesses antagônicos, no interior da própria classe trabalhadora e seus Partidos políticos, entre estas e o patronato e entre os que defendiam distin-

12 Parte dos juristas franceses da época desconfiava das inovações constitucionais por considerarem seus dispositivos uma espécie de “sovietismo atenuado”, mas admitiam que o reconhecimento constitucional dos direitos sociais decorriam da emergência da questão social e da “experiência ameaçadora” vivenciada na Rússia (HERRERA, 2011: 32 e 36), corroborando o entendimento de que o reconhecimento dos direitos sociais, na Constituição de Weimar, assim como havia sido na Constituição Mexicana, dois anos antes, são resultado de processos históricos de correlação de forças, nos quais o empresariado admite o reconhecimento de direitos aos trabalhadores, pelo temor de perder seus privilégios como classe dominante

tos modelos de intervencionismo estatal, com destaque para uma ideologia que, pouco a pouco, vai sendo estruturada em torno dos ideais nazistas.

2.3. Desmontando Weimar: a República e os interesses de classe em conflito

Com aquela composição de forças presente na Assembléia Constituinte e nos parlamentos, logo nos primeiros anos da República o governo passou a reprimir severamente as greves e movimentos dos trabalhadores para “pacificar” o país e para atender aos reclamos do empresariado: mais de 7.000 operários, qualificados como conspiradores contra o Estado, ainda estavam presos em 1925, muitos dos quais condenados à prestação de trabalhos forçados. Do mesmo modo, muitos jornalistas foram censurados e reprimidos com autorização judicial “por ofensa aos princípios republicanos” ou por “insultos contra a República”¹³. Efetivamente, os militares, a burocracia estatal e a magistratura produziram uma série de atos de sabotagem da nascente República, aplicando a legislação de modo ideologicamente seletivo: dos vinte e dois integrantes da esquerda acusados de assassinatos políticos, dezessete foram rigorosamente punidos, dez deles com a pena de morte. Por outro lado, “os extremistas da direita encontraram a simpatia dos tribunais: dos 354 assassinatos cometidos por eles, somente um foi rigorosamente punido e nem mesmo este, com a pena de morte” (GAY, 1986: 35).

De fato, as manifestações da direita política, dos liberais aos nacionalistas, não seriam igualmente reprimidas pelo Judiciário alemão, como pode ser observado quando da tentativa de Golpe de Estado promovida pelos nazistas em 1923, encabeçada por Adolf Hitler: ao contrário da severidade com que tratava os trabalhadores, o Judiciário que inicialmente havia condenado Hitler a cinco anos de prisão, logo em seguida reduziu sua pena a nove meses de detenção e o Marechal Ludendorff, indicado por Hitler como Ministro da Guerra durante a tentativa de golpe, foi simplesmente inocentado.

13 Segundo um dos principais cronistas da época, “se há um domínio onde nada mudou é o da Justiça. Por seu artigo 102, a Constituição definira os juízes como totalmente independentes e apenas sujeitos à lei. Ora, esses juízes eram os mesmos da época imperial e a única lei que eles reconheciam era a que, no passado, assegurava a salvaguarda do Poder monárquico.” (RICHARD, 1988: 269).

Paulatinamente as “conquistas sociais” pactuadas pelo patronato com os sindicatos durante a “revolução alemã” foram sendo esvaziadas de todo seu conteúdo revolucionário, sob a condução dos sucessivos governos liderados pelo SPD: em um primeiro momento, a “socialização” das empresas prevista na Constituição de Weimar teve seu conteúdo reinterpretado pela lei que reduziu os poderes dos “Conselhos de Fábrica” e previu indenizações aos empresários atingidos, deixando intocável o direito de propriedade dos meios de produção. Desta forma, os *Conseijos* reconhecidos pela Constituição de Weimar perderam seu caráter originário (muito próximo da concepção dos *soviets*) para se transformarem em órgãos colegiados, constituídos de empregados e de empregadores aos quais incumbia velar pelo cumprimento dos acordos coletivos, forma embrionária dos mecanismos de cogestão que se desenvolverão depois de 1945.

Do mesmo modo, depois da morte de Elbert, com a concordância da SPD, ainda em 1921, o patronato se esforçou para por em questão os contratos coletivos e a jornada de oito horas: “os industriais solicitavam que a duração fosse elevada para oito horas e meia nas minas, e para dez horas nas outras indústrias. O pretexto era que precisavam aumentar a produção” (RICHARD, 1988: 89). Tal retrocesso permaneceu mesmo durante o grande surto de desenvolvimento econômico iniciado em 1924 com o Plano Dawes promovido pelos EUA e aprovado pela coalizão governamental, vez que “os empresários se recusaram a aceitar a volta da jornada de 8 horas” (ALMEIDA, 1982: 48) por considerarem que tal medida implicava aumento nos custos de produção. O mesmo argumento será repetido muitas vezes desde então, em vários países, mas sempre representando os mesmos interesses, inclusive no contexto da crise capitalista iniciada em 2008, para justificar reformas precarizadoras do Direito do Trabalho.

As contradições e divergências no interior da classe trabalhadora alemã, cindida eleitoralmente, foram se acirrando ao longo do tempo pela pregação ideológica que vai potencializar os avanços eleitorais dos nazistas, sempre sustentados pela indústria e pelos latifundiários que tiveram interesses contrariados pelas condições do Tratado de Versalhes¹⁴ imposto pelos vencedores da Primeira Guerra,

14 Assinado em 28 de julho de 1919, foi considerado pelos alemães como humilhante, eis que, dentre outras medidas, reduzia em um oitavo o antigo território (com a perda a Alsácia-Lorena para a França, de todas as suas colônias africanas, de parte de seu território para a Bélgica e para a Tcheco-eslováquia), a Alemanha deveria restringir seu exército a um contingente máximo de 100.000 homens, com a supressão do serviço militar obrigatório e ficou obrigada a pagar indenizações aos

e pelo conturbado contexto revolucionário que lhe foi contemporâneo, minando progressivamente as reformas sociais concebidas em 1918-1919, a ponto de debilitar os governos liderados pelos socialdemocratas, no início dos anos trinta, tema da próxima seção.

3. A ESQUERDA ALEMÃ E A CRISE DE 1929: ANTAGONISMOS RECÍPROCOS

Segundo a linha argumentativa aqui utilizada a consagração de direitos sociais na Constituição de Weimar não decorreu de especial sensibilidade social de seus redatores ou de sua apurada técnica (entre a instalação da constituinte e a promulgação passaram-se apenas pouco mais de três meses), mas sim da correlação de forças estabelecida no contexto da mencionada “revolução alemã” e da necessidade do capitalismo se justificar em face do sistema econômico então concorrente, sintetizada na expressão “ceder os anéis para não ceder os dedos”.

Como em todo o mundo a crise capitalista de 1929 teve efeitos desastrosos na Europa ampliando sobremaneira o contingente de desempregados e possibilitando a crítica à hipótese da *mão invisível* do mercado por parte de diversos setores sociais, inclusive na juventude, potencializando movimentos políticos antiliberais de que são exemplos o fascismo italiano, o corporativismo português e espanhol e o nazismo alemão, como será detalho mais adiante.

De fato, a primeira grande crise capitalista teve efeitos paradoxais. Se por um lado, principalmente depois do lançamento do *New Deal* estadunidense, lançou as bases que possibilitariam mais tarde a consagração do intervencionismo estatal capitalista nos EUA e em vários países europeus do centro capitalista, a mesma crise na Alemanha terminou por combalir o SPD e sua concepção de capitalismo organizado¹⁵ contribuindo para que o nazismo se tornasse eleitoralmente hegemônico, em pouco tempo.

países vencedores e aos mutilados de guerra dentre os vencedores. No plano territorial foi criado o “corredor polonês”, faixa com 100 km, de extensão que permitia o acesso da Polônia ao mar do Norte, o que dividia o território alemão sujeitando seus cidadãos a controles de fronteira a cada vez que cruzavam referida faixa territorial.

15 Definido por Hiferding, ainda em 1927 assim: “capitalismo organizado quer dizer que o princípio capitalista da livre concorrência foi substituído, graças a uma regulamentação social, pelo princí-

No curto período de três anos, quatro eleições se sucederam a dissoluções parlamentares, com resultados eleitorais contraditórios, como demonstra a tabela abaixo contendo apenas os principais Partidos políticos:

| Data das eleições | 14.09.1930 | 31.07.1932 | 06.11.1932w | 05.03.1933 |
|-------------------------------|-------------------|-------------------|--------------------|-------------------|
| SPD socialdemocrata | 24,5% | 21,5% | 20,4% | 18,3% |
| ZENTRUM Católico | 11,7% | 12,4% | 11,9% | 11,2% |
| KPD Comunista | 13,1% | 14,2% | 16,8% | 12,3% |
| DDP Liberal | 3,7% | 1,0% | 0,9% | 0,8% |
| NSDAP nazista | 18,3% | 37,2% | 33,0% | 43,9% |

Fonte: INSTITUTO GOETHE, 1981 (resumido aos principais partidos)

O quadro acima demonstra pelo menos três situações dignas de nota. A primeira se refere ao potencial eleitoral do partido nazista: o resultado eleitoral de novembro de 1932 demonstra perda de prestígio dos nazistas em relação às eleições havidas três meses antes, significando quase dois milhões de votos a menos; o mesmo quadro permite verificar e o enorme crescimento deste mesmo partido cinco meses depois em março de 1933, amealhando cinco milhões de votos a mais. A segunda observação se refere à perda de prestígio eleitoral do DDP, liberal, um dos partidos que representava os interesses do empresariado alemão: este partido que em 1919 havia alcançado expressivos 18,5% dos votos, viu seu eleitorado conservador migrar para o NSDAP nos anos finais da República. Por fim, a terceira questão digna de nota se refere à soma dos percentuais obtidos em novembro de 1932 pelos partidos que constituíram a ideologia de Weimar (SPD, 20,4%; DDP, 0,9% e ZENTRUM, 11,9%) com o percentual obtido pelos comunistas (KPD, 16,8%): caso houvessem se aliado, tais partidos totalizariam mais de 50% do par-

pio socialista da planificação” (ALMEIDA, 1982: 102).

lamento, compondo maioria para governar, evitando-se a ocorrência das novas eleições em 1933 que conduziram os nazistas ao poder.

Como se viu, a Constituição de Weimar foi resposta encontrada pelos socialdemocratas e pelos empresários para barrar a revolução socialista em curso¹⁶ no conturbado ano de 1918, razão pela qual os comunistas alemães passaram a considerar os socialdemocratas como “traidores da classe operária”. De outra parte, os socialdemocratas sempre se ressentiram da pusilanimidade dos comunistas durante toda a República. Em um primeiro momento, os partidários do SPD e do USPD¹⁷ eram considerados pelo KPD como “agentes da burguesia no interior do movimento operário”, por defenderem reformas no capitalismo e melhorias nas condições de trabalho sem, entretanto, socializar os meios de produção. Importante alteração tática no KPD vislumbrou-se a partir do III Congresso da IC, com a adoção da “tese da frente única” pela qual se considerava que os comunistas deveriam participar de lutas operárias por reivindicações imediatas em conjunto com os socialdemocratas, objetivando “ganhar apoio das massas para o projeto comunista”. Mais adiante, depois do IV Congresso da IC essa tática foi aprofundada para se admitir a tese de um governo de transição, majoritariamente operário, em conjunto com os socialdemocratas (em oposição às teses iniciais da ditadura do proletariado tão criticada por Rosa de Luxemburg¹⁸). Tal concepção sofre re-

16 Tal afirmação não tem por objetivo sustentar que a revolução teria realmente acontecido, mas apenas sublinhar que a historiografia converge para a constatação de que, de fato, a convocação da Assembleia Constituinte e a repressão que se lhe seguiu foram decisivos para a interrupção do processo revolucionário em curso. Por outro lado, tal observação não pretende desconsiderar o papel realmente inovador da Carta de Weimar, no reconhecimento de direitos sociais como direitos fundamentais, ainda que a explicação para tal fato (cessão de anéis para não ceder os dedos) tenha contribuído para aprofundar as divergências entre os partidos alemães com maior inserção operária.

17 Mesmo depois da fusão do KPD com o USPD (socialistas independentes), seguindo a orientação do II Congresso da Internacional Comunista (IC), os comunistas hostilizavam os que, internamente, discordavam de sua orientação, considerando-os como “reformistas” ou “centristas”, por suas proximidades com o ideário defendido pelo SPD,

18 As divergências entre Rosa Luxemburg e Lênin constituem-se em tema recorrente nas esquerdas há mais de um século. De fato, já em 1904 Luxemburg criticava as posições Lênin em “Um passo adiante, dois atrás”; quando ela publicou sua obra *A acumulação do capital* merecendo um comentário crítico por parte dele em *Imperialismo, fase superior do capitalismo*; também são conhecidas as divergências entre ambos no que pertine à “ditadura do proletariado”: ao contrário de Lênin, Luxemburg “colocava-se contra a dissolução da Assembleia Constituinte, contra a limitação do

cuo a partir do V Congresso da IC, para volta-se a considerar a socialdemocracia como “ala da burguesia” ou mesmo “ala do fascismo”. Nova mudança de rumo acontece depois das eleições de 1928 nas quais a SPD conquista mais do que o dobro dos votos obtidos pelo KPD, consolidando-se como maior partido alemão e em razão disto ocupando novamente o governo.

Em razão destas sucessivas mudanças de tática dos comunistas o SPD seguiu com grandes restrições e desconfianças, aprofundando as divergências e contradições históricas. Quando da deterioração das condições de vida da classe trabalhadora alemã, na crise capitalista de 1929, ambos os partidos experimentavam evidente desgaste, que foi aproveitado pelo nazista NSDAP que, de modo crescente passa a ser considerado como alternativa por diversos setores da população alemã.

A partir do VI Congresso da IC, já em 1932, os comunistas alemães novamente voltam a considerar os socialdemocratas como “social-fascistas” erigidos em principais adversários do KPD considerando que “era preciso destruir primeiro a social-democracia, tarefa que poderia ser desempenhada pelo nazismo, para acabar com as ilusões reformistas do proletariado. Um governo fascista significaria assim uma espécie de antecâmara do socialismo, um terreno simplificador de contradições, que pondo face a face comunistas e nazistas, permitiria a marcha inexorável do proletariado para a vitória final” (ALMEIDA, 1982:107).

Verifica-se, assim, que mesmo às vésperas da chegada de Hitler ao poder os partidos de esquerda na Alemanha de Weimar não conseguiram urdir condições de convivência democrática para estável composição governamental. As análises acima servem para sublinhar que as históricas divergências entre o KPD, que continuava a ser visto pelos socialistas como “inimigo interno” e o SPD, visto pelos comunistas como “traidores da revolução”, demonstraram a incapacidade da esquerda alemã em construir uma saída para a crise capitalista de 1929 que preservando a República de Weimar atendesse minimamente aos interesses da classe trabalhadora alemã em ambiente democrático. Não obstante a importância dos efeitos econômicos e sociais desta crise capitalista, a compreensão das razões que teriam levado os nazistas ao governo não pode se restringir a mero “reflexo” no nível superestrutural do que estava ocorrendo na infraestrutura, para se utilizar uma terminologia cara a certo marxismo dogmático.

direito de voto aos que estavam trabalhando e nos limites dos sovietes, contra a supressão das garantias democráticas como a liberdade de imprensa, de associação e de reunião e contra o uso indiscriminado do terror em relação aos contra-revolucionários” (ALMEIDA, 1992: 68).

Segundo uma determinada linha de raciocínio, se os antagonismos recíprocos entre o SPD e o KPD, no final de 1932 não tivessem impedido a formação de um governo¹⁹ que integrasse estes dois Partidos com grande prestígio no interior da classe trabalhadora juntamente com o DPP e o ZENTRUM, não teriam ocorrido as eleições que em 1933 possibilitaram a chegada dos nazistas ao governo: “o destino da Alemanha poderia ter sido outro se a classe operária tivesse iniciativa e se houvesse unidade dos partidos operários” (ALMEIDA, 1982: 112). Este raciocínio, contudo, merece matizações, como se verá no tópico seguinte, vez que não é menos razoável considerar-se que, tendo em vista a força com que o ideário antiliberal se desenvolvia à época em toda a Europa, a chegada da direita ao governo na Alemanha talvez fosse apenas questão de tempo.

4. O ANTILIBERALISMO E A ASCENSÃO DO NAZISMO

A vitória eleitoral dos nazistas do NSDAP em 1933 não se tratou de um acidente ou de um episódio meramente eleitoral descolado do contexto cultural do povo alemão que havia sido humilhado pelas condições do Tratado de Versalhes, às vésperas da proclamação da República de Weimar.

Verdadeiramente desde antes da vitória eleitoral de Adolf Hitler em 1933 parcela significativa da classe trabalhadora alemã, que por razões diversas vinha votando no SPD ou KPD, já se encontrava de algum modo seduzida pelo antiliberalismo que veio sendo estruturado ao longo da década anterior na Alemanha e em diversos outros países europeus.

De modo esquemático e resumido, neste tópico se fará referência somente a três dentre os vários elementos que haveriam de ser aprofundados para a com-

19 Conforme já se pode demonstrar quando foram feitas observações aos resultados eleitorais do período (quadro acima), o KPD negou-se a apoiar a coalizão socialdemocrata em julho de 1932, o que teria dado estabilidade ao governo, impedindo as eleições de novembro do mesmo ano, consagradoras da vitória nazista. Pelo resultado das eleições de julho “o Zentrum e a SPD têm, respectivamente, 77 e 133 eleitos. Os partidos de Weimar totalizam 235 cadeiras em 607, uma escassa margem em relação aos nacionais-socialistas, que arrebata 320 cadeiras”. Por conseguinte, a “coalizão de Weimar” só seria majoritária com a contribuição do KPD, que recusou a aliança (THALMANN, 1988: 108).

preensão deste antiliberalismo germânico: o nacionalismo, a cultura autoritária e crítica à política.

4.1. O nacionalismo antiliberal e o elogio à guerra

As três primeiras décadas do século XX se prestaram ao desenvolvimento de movimentos “revolucionários” exitosos, como os ocorridos no México e na Rússia, ou sufocados, como na Alemanha e, ao mesmo tempo, ao fortalecimento de movimentos “reacionários” como o fascismo italiano, o corporativismo português e espanhol e o nazismo alemão.

A base ideológica destes movimentos reacionários guarda relação com o sentimento de nostalgia em relação a um passado idealizado em que é central a ideia de um nacionalismo que se contraporía a duas tendências internacionalistas distintas: a da *Internacional Vermelha* que influía no movimento operário de todos os países por intermédio das já mencionadas diretrizes aprovadas nos Congressos da IC realizados em Moscou; e a da *Internacional Dourada*, representada pela influência dos banqueiros e dos capitalistas internacionais (geralmente referidos à época como *plutocratas*) – apresentados muitas vezes como majoritariamente judeus, de modo a potencializar o racismo e a repulsa entre os cristãos –, e suas práticas corruptoras dos políticos para permitir sua entrada nos países estrangeiros, em decorrência do “livre comércio” que seria prejudicial aos interesses nacionais²⁰.

No caso alemão estes movimentos reacionários atuaram em diversas frentes para apresentar a Constituição de Weimar como sendo exótica à história do país (a República teria sido inspirada na Constituição estadunidense e, pior, pelos prin-

20 Segundo um dos ideólogos deste pensamento reacionário de direita, “a Plutocracia e a Democracia individualista são irmãs gêmeas e a ambas o mundo deve, em grande parte, o estado de anarquia em que presentemente se encontra. À Plutocracia se deve, no plano nacional, o sacrifício da riqueza de todos em benefício da riqueza de meia dúzia; no plano internacional, o desequilíbrio econômico-financeiro do mundo, que serve à Plutocracia Internacional para se alimentar lautamente, reduzindo milhões de homens à miséria e levando assim, indiretamente, a água ao moinho da Internacional comunista”. Neste texto, contemporâneo da chegada de Hitler ao poder na Alemanha, este ideólogo do corporativismo português afirma: “o Socialismo por um lado e o Capitalismo por outro, tomaram conta das sociedades modernas, o primeiro para explorar pela preguiça e conduzindo por isso diretamente à miséria, o segundo pela ambição desmedida, e conduzindo assim à constituição da pirâmide cuja base é formada por milhões de esfaimados e cujo vértice é constituído por alguns milhões de nababos.” (COSTA, 1934: 159-161).

cípios gerais emanados da Revolução Francesa), influenciada pelos inimigos do povo alemão (referência à origem judaica do jurista Hugo Preuss e ao comunismo internacional) e desrespeitosa em relação à burocracia profissional que vinha se constituindo desde a época de Bismark substituindo-a pelas deliberações parlamentares reverentes a interesses plebeus (assegurando direitos sociais) e por coalizões governamentais que haviam aceitado as humilhantes condições impostas pelos vencedores por intermédio do Tratado de Versalhes, pelo “plano Dawes” gerenciado pelos EUA, e pelos representantes do capitalismo internacional.

Entre os intelectuais reacionários alemães passa a prevalecer a narrativa segundo a qual a culpa pela derrota na Grande Guerra não podia ser atribuída ao conjunto do país, mas aos mencionados “inimigos internos” (pacifistas, muitos dos quais comunistas e socialistas) e aos “inimigos externos” que atentavam contra a cultura germânica. Esta parcela da intelectualidade alemã nacionalista influenciada por certo “darwinismo social” passa progressivamente ao elogio à guerra como “o paroxismo da luta pela existência”: todas as potências seriam fundamentalmente ofensivas e quem ataca exerce frequentemente apenas um poder preventivo em defesa da nação “visando reunir forças e eliminar uma ameaça que mais tarde poderá prejudicá-la” (SILVA, 2010: 389). No final do século Samuel Huntington também defenderá ideologicamente a guerra “preventiva” contra o Iraque, através da mistificadora invenção do inexistente “choque de civilizações” (HUNTINGTON, 1997), bem como influenciará Günther Jacobs, na formulação do conceito de “direito penal do inimigo” que de algum modo justificará a tortura nos campos de concentração estadunidenses durante os governos de George W. Bush (MELIÁ, 2007) ou o encarceramento e a expulsão de imigrantes indocumentados em vários países europeus. Este tema será retomado nas considerações finais deste artigo.

O enfrentamento dos inimigos, por intermédio da guerra, passa a ser considerado pelos nazistas como uma “forma elevada de se fazer política” para assegurar o “espaço vital”²¹ da Alemanha, como nação predestinada para liderar uma

21 Caudatário da tradição pangermânica anterior este conceito de “espaço vital” operado pelo nazismo “define os alemães como um *povo* em constante confronto com os povos inferiores (principalmente os eslavos) pela conquista de espaço físico que garanta sua sobrevivência biológica, econômica e cultural. A doutrina do espaço vital parte da concepção de que, ao contrário da *raça*, o *solo* é passível de ser *germanizado*, em função de sua plasticidade constitutiva, ou seja, de sua tangibilidade à cultura, permitindo que ele incorpore valores e particularidades do grupo humano que nele se estabelece. É esse argumento, aliado ao da falta de espaço físico para que a Alemanha

mudança cultural em que os interesses individuais cultuados pelo liberalismo cederiam espaço aos interesses de todo o povo e não de parcelas da população representadas por Partidos Políticos ou das classes sociais em seu território.

4.2. A cultura antiliberal

Além do nacionalismo, da negação dos conflitos entre as classes sociais (defendida pela esquerda) e dos valores liberais (defendidos pelo capitalismo internacional) o pensamento nazista resgatava a superioridade da *Kultur* alemã. Esta cultura superior “racialmente pura” dotaria aquela nação de uma “missão” civilizatória em relação ao resto do mundo expandindo sua “energia nacional” para realizar a “vontade divina”²² por intermédio da guerra, período durante o qual cessariam as divergências partidárias, o individualismo, a ociosidade e a criminalidade, pela imposição dos valores da raça e da nação para além das contradições entre as classes sociais ou das preferências político-partidárias que instabilizavam o país pela realização de eleições sequenciais incapazes de conceber um governo forte propício ao desenvolvimento da “produção nacional” e da cultura genuinamente germânica.

A juventude alemã à época se encontrava tencionada por tendências culturais contraditórias. De um lado, se ressentia de um projeto de futuro, pois com a derrocada do Império e com sua substituição por uma República fortemente combatida por amplos setores sociais das classes dominantes, não se identificava com os “velhos” políticos tradicionais. Por outro lado, recusando-se à melancólica dedicação à poesia, obsessão germânica do período weimariano, esta juventude “buscava calor e companheirismo, numa fuga das mentiras espalhadas pela cultura burguesa, uma maneira limpa de viver, sem estar marcada pelo uso do álcool nem do fumo e, acima de tudo, uma existência comum, que podia sobrepor-se aos interesses egoístas e sujos dos partidos políticos” (GAY, 1986: 92), criando as condições para o surgimento de inúmeros grupos de direita que criticavam “os

desenvolva-se de modo satisfatório, que legitima a perspectiva expansionista do nacional-socialismo” (MORAES, 2010: 254)

22 Neste contexto, a Alemanha teria uma missão única: num mundo hostil, deveria manter e garantir a diversidade cultural e a existência dos demais povos. Para a realização de sua ‘missão’ era necessário criar os meios eficazes: “o rearmamento alemão era fundamental para a realização da tarefa histórica do país” (SILVA, 2010: 390).

políticos” e “a política tradicional” por haverem aceitado a “paz imposta” pelos vencedores no Tratado de Versailes, em termos humilhantes para a “nação germânica” e por se submeterem ao jogo parlamentar entre defensores de interesses internacionais²³ prejudiciais àqueles do “povo” alemão e à sua cultura.

De fato, se por um lado a cultura de Weimar proporcionara o desenvolvimento da escola expressionista em várias artes, inclusive no cinema, e a consolidação de um novo olhar arquitetônico representado pela *Escola Bauhaus*, criada no mesmo ano da República para se constituir em uma “filosofia estética”, havia se difundido socialmente, principalmente entre os jovens, um “temor da modernidade”, vez que “a ânsia pela totalidade estava inundada de ódio; o mundo político, e algumas vezes privado de seus principais oradores, era um mundo paranóico, cheio de inimigos: a máquina desumanizante, o materialismo capitalista, o racionalismo sem deus, a sociedade sem raízes, os judeus cosmopolitas, e aquele enorme monstro que tudo devorava, a cidade” (GAY, 1986: 112-113). Estes sentimentos de revolta que caracterizavam a juventude alemã, fomentados por parcela da intelectualidade²⁴, foram progressivamente sendo capitalizados pelos movimentos de direita de modo que, quando das eleições de 1933, boa parte da sociedade e da juventude já se considerava simpatizante do nazismo.

23 Em contraposição aos internacionalismos “nocivos” passa a ser defendida na Europa a necessidade de criação de outra Internacional, *branca*, “internacional sem ser internacionalista” que, potencializando o nacionalismo, se opusesse ao mesmo tempo à Internacional Vermelha e à Internacional Dourada: “para o Socialismo, o trabalhador não tem pátria: a sua pátria é em toda parte onde encontra trabalho. Para a Plutocracia, o Capital não tem pátria: a sua pátria é em toda parte onde possa ganhar dinheiro” de modo que “a Plutocracia é tão apatriota como o Socialismo; mas ao passo que o Socialismo pretende derrubar todas as fronteiras, por entender que a solidariedade mundial dos trabalhadores encontra nelas uma barreira, um obstáculo criado pela burguesia para dificultar a emancipação do proletariado, e por isso é essencialmente internacional e internacionalista, a Plutocracia, se não se opõe a que haja fronteiras, abstrai delas, ignora-as completamente para o efeito de seus negócios”. Essa *Internacional Branca* seria “internacional sem ser internacionalista”, constituindo-se em Internacional da Ordem contra a desordem: “na Itália de Mussolini, como na Espanha de Primo Rivera, em Portugal como na Alemanha de Hitler, o objetivo é um só: salvar a sociedade ameaçada simultaneamente pela Internacional Vermelha de Moscou e pela Internacional Dourada de Nova Iorque, Amsterdã, Berlin e Londres.” (COSTA, 1934:171).

24 Entre todos, talvez o que mais influência teórica tenha exercido sobre a juventude alemã tenha sido Martin Heidegger, principalmente depois que o mesmo assumiu a Reitoria da Universidade de Freiburg, em cujo famoso discurso de posse em 1933, explicitava sua simpatia por Hitler e pelas ideias que defendia.

Também na classe média, composta por pequenos comerciantes e industriais e por funcionários públicos, no final da década de vinte, causava verdadeiro horror o caráter plebeu da República de Weimar, com seus círculos de estudos para operários e suas escolas profissionalizantes, a realização de concursos para provimento de cargos públicos, inclusive nas Universidades, e as mencionadas limitações constitucionais ao direito de propriedade privada condicionada à sua “função social”, e a instituição de benefícios de natureza assistencial assegurados pelo Estado aos setores populares.

O próprio parlamento era percebido por boa parte das elites culturais alemãs como uma artificialidade não condizente com a tradição cultural do país, sujeito a humores e composições políticas com pouca estabilidade institucional, ampliando o sentimento nostálgico em relação à burocracia imperial, desde sempre afinada com os interesses de classe das elites.

4.3. A crítica antiliberal à política

No campo da Teoria do Direito merece destaque a crítica antiliberal formulada por Carl SCHMIDT fundada na oposição binária entre amigo e inimigo público. O inimigo seria “o outro”, o estrangeiro, a ser combatido pela guerra, bastando à sua essência que, num sentido particularmente intensivo, fosse “existencialmente algo outro e estrangeiro” (SCHMIDT, 1992: 52). Segundo sua percepção, o liberalismo teria reduzido o inimigo ao mero concorrente, limitando a sua abordagem à questão econômica, despolitizando o caráter estatal ao apresentar o Estado como neutro, assimilado à noção de sociedade civil ou, pela valorização do mercado, à humanidade como um todo, visando à submissão da política e do Estado à moral individualista, uma das causas da crise capitalista de 1929. Criticando os liberais, dizia que, ao despolitizar o Estado apresentando-o como neutro e não interventor nas relações econômicas, em verdade os liberais estariam “politizando a economia” para garantir os privilégios da burguesia. Propunha, enfim, que a sociedade alemã deveria rumar no sentido da construção do “Estado Total”, entendido como aquele que interfere em todos os âmbitos sociais “de forma onipresente”.

Para este autor, a de Weimar era uma “Constituição sem decisão”, uma vez que, de acordo com sua ideologia de composição entre projetos políticos distintos desde sua origem deixava de resolver os conflitos políticos fundamentais. Por tal razão imagina na figura do líder carismático a possibilidade de dar um rumo político, de-

cidindo de maneira soberana até mesmo questões relativas a situações extraordinárias, nos termos do artigo 48 da Constituição de Weimar (SCHIMIDT, 1992: 96-99), formulando seu conceito de *fuhrerprinzip* como necessidade para que a Constituição fosse dotada de uma “vontade” orientada aos interesses da nação.

Os nazistas creditavam à ganância dos inimigos externos, muitos dos quais banqueiros “judeus” internacionais, a extrema dependência externa daquele país, cuja “produção industrial, tomando-se por base o índice de 100% para 1929, baixou para 88,3% em 1930, 71,7% em 1931, 59,8% em 1932 e 66,8% em 1933”. Tamanha recessão oportunizou aos industriais “fazer recair sobre as costas dos trabalhadores o peso da crise. Eles procuraram então fazer o governo eliminar ou diminuir as pensões aos desempregados e as ajudas sociais. Por sua parte, tentaram diminuir os salários e alongar a jornada de trabalho, contrapondo-se frontalmente a convenções coletivas.” (ALMEIDA, 1982: 99), acirrando as contradições sociais e as perspectivas de futuro para grande parte da juventude alemã.

Com a decadência eleitoral dos Partidos das classes médias, com o antagonismo entre os dois Partidos de maior inserção política na classe operária, com a banalização da violência por parte de vários dos movimentos da juventude, a “política” weimariana passou a ser alvo de progressiva estigmatização, como algo depreciável por parte dos jornais e da indústria de filmes, que “despejavam propaganda da direita” (GAY, 1986: 140), criando-se as condições culturais necessárias para que o nazismo passasse a ser socialmente hegemônico mesmo antes da vitória eleitoral de 1933.

Aproveitando-se deste sentimento generalizado o governo Hitler, começando pelo KPD e pelo SPD, terminou por extinguir todos os partidos políticos à exceção do NSDAP e, a partir dele, reorganizou a produção industrial no interesse do empresariado, e a sociedade como um todo, pela difusão de seu ideário dogmático e totalitário, possibilitando o início do expansionismo pangermânico nazista e o início da Segunda Guerra.

4.4. O caráter ambivalente da Constituição de Weimar

O ideário intervencionista da República de Weimar que só pode ser entendido em razão da existência do ideário distributivista que com ele disputava hegemonia durante a República de Weimar, como decorrência “*del traumatismo causado en la conciencia occidental y burguesa por la Revolución bolchevique*” (KLEIN, 1970:

18), com a ascensão do nazismo passa a adquirir características próprias, mesmo sem a necessidade de uma nova Carta, vez que Hitler governou por onze anos sob a mesma Constituição que havia sido promulgada em 1919.

Objetivamente não se pode desconsiderar, por um lado, que a Constituição e a própria República por ela instituída provinham “de uma revolução esmagada. De um retorno à ordem fundada numa aliança entre as antigas camadas influentes sob Guilherme II, os quadros do exército imperial e os dirigentes do Partido Social Democrata” (RICHARD, 1988: 56). Por outro lado, conquanto a República de Weimar se constitua no resultado histórico e concreto de uma correlação de forças na qual os revolucionários foram derrotados, os “anéis cedidos” pela classe dominante alemã durante a República de Weimar alteraram o paradigma de Estado e de reconhecimento da classe trabalhadora como ator social relevante, inspirando todas as Constituições que se lhe seguiram e possibilitando o surgimento de distintos intervencionismos estatais²⁵.

Em vários sentidos a cultura weimariana será retomada em todas as Constituições promulgadas a partir da derrota do nazismo, em todo o mundo. Foi assim quando da redemocratização da Alemanha, da Itália e dos diversos países ocupados pelo nazifascismo, quando da redemocratização de Portugal e Espanha ao final dos regimes autoritários, na década de setenta, e quando novas Constituições latinoamericanas reinstitucionalizaram diversos países ao final das ditaduras militares que assolaram o continente. A influência weimariana também é visível na construção do Direito do Trabalho, com distintas configurações ou *famílias* (SUIPIOT, 2004; RAMOS FILHO, 2012), mas sempre se caracterizando pela desmercantilização do trabalho em graus diversos (BAYLOS, 2001), pelo menos até que outra ideologia, fortemente autoritária, a partir dos anos oitenta, se apresentasse com o objetivo de novamente inverter o sentido do intervencionismo estatal.

25 A crise capitalista de 1929 possibilitou o abandono dos dogmas liberais e o reconhecimento da necessidade do intervencionismo estatal, que, na Europa conformou-se durante a década de trinta em dois grandes grupos: o intervencionismo *comunista* (no leste europeu) e o intervencionismo *capitalista* subdividido em três vertentes: intervencionismo *corporativista* (em Portugal e na Espanha); intervencionismo *nazifascista* (na Alemanha, na Itália e nos países ocupados militarmente durante a Segunda Guerra) e o intervencionismo *anglo-saxão*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo foram avaliados alguns dos componentes que se articularam historicamente para possibilitar, no contexto da República de Weimar, a chegada dos nazistas ao poder, pelas vias eleitorais previstas constitucionalmente, quando sua ideologia subjacente profundamente antiliberal já havia impregnado o conjunto da sociedade alemã.

Para concluir estas reflexões parece também oportuno observar alguns elementos de preocupação em relação ao presente, quando outra ideologia autoritária, o neoliberalismo, se presta a “justificar” o expurgo do “espírito de Weimar” dos Estados contemporâneos.

Se na ideologia nazista se constituiu um “senso comum” em torno de ideias como “nação” e “raça”, na ideologia neoliberal o mesmo se dá em relação a conceitos indefinidos como “liberdade” e “flexibilidade”, sendo comum às duas ideologias vários elementos como a estigmatização dos inimigos internos (movimentos sociais de resistência, estrangeiros, imigrantes, bárbaros incivilizados) e externos (concorrentes internacionais, culturas religiosas exóticas), o pouco apreço pela política e pela participação em partidos políticos, a invocação da vontade divina (na Alemanha, o Deus alemão; no neoconservadorismo atual, a invocação de valores cristãos fundamentalistas) e da “vocalização civilizatória” das potências dominantes para impor, se necessário pela guerra, valores intrínsecos a uma determinada maneira de existir necessária à acumulação do capital (HARVEY, 2005).

Por mais que os efeitos concretos das políticas neoliberais se configurem em nova “banalização do mal” (ARENDRT, 1999), causa certo desconforto e inquietude (i) a persistência deste conjunto de ideias em vários países europeus, como atestam resultados eleitorais significativos obtidos por Partidos políticos neonazistas e por outros partidos de direita atualmente no poder, e em alguns movimentos sociais transnacionais que, a partir da negação da política, se inclinam perigosamente pela retomada de discursos que, sem identificar no capitalismo o adversário a ser combatido, se inclinam pela retomada da crítica aos “imperialismos” e aos banqueiros internacionais, promovendo o renascimento de diversos tipos de “nacionalismo”; e (ii) a grande capacidade mobilizatória de certas correntes de pensamento que, negando atualidade à luta de classes, abandona os sindicatos e os partidos políticos de esquerda como principais instrumentos de defesa dos direitos dos trabalhadores e das populações marginalizadas pelo modo de produção capitalista.

A análise dos processos políticos e sociais que presidiram a República e a Constituição de Weimar parece, assim, oportuna por duas razões fundamentais: para auxiliar na compreensão de como uma ideologia autoritária que banaliza o mal pode, pouco a pouco, se tornar hegemônica e para, entendendo o contexto em que elementos weimarianos constitutivos do Direito do Trabalho europeu são atacados por intermédio de sucessivas reformas trabalhistas, articular as lutas para potencialização das lutas sociais de modo a permitir uma nova materialização da correlação de forças, nas leis e nos convênios coletivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Ângela Mendes de. **A república de Weimar e a ascensão do nazismo**. São Paulo: Ed. Brasileira, 1982;
- ARENDDT, Hannah. **Homens em Tempos Sombrios**. São Paulo: Cia. das Letras, 1987;
- ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalem: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo, Companhia das Letras, 1999;
- BAYLOS, Antônio. **Derecho del Trabajo: Modelo para Armar**. Madrid: Ed. Trotta, 1991;
- GAY, P. **A cultura de Weimar**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978;
- COSTA, Augusto da. **Fatos e Princípios corporativos**. Lisboa: Livraria J. Rodrigues, 1934;
- HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. São Paulo: Ed. Loyola, 1992;
- _____. **A brief history of Neoliberalism**. Oxford: Oxford University Press, 2005;
- HERRERA FLORES, Joaquin; PRONER, Carol; CORREAS, Oscar. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Fórum: São Paulo, 2011;
- HUNTINGTON, Samuel P. **The clash of Civilizations and the remaking of world order**. Nova York: Simon and Schuster Paperbacks, 1997;
- INSTITUTO GOETHE. **De Weimar a Hitler. Un programa de documentales**. Madrid, 1981;
- KLEIN, Claude. **De los espartaquistas al nazismo: la República de Weimar**. Barcelona: Ed. Peninsula, 1970;
- LIMONCIC, Flávio; MARINHO, Francisco Carlos Palomanes. **Os intelectuais do antiliberalismo**. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 2010;

LENIN, Vladimir. **O esquerdismo doença infantil do comunismo**. São Paulo: Ed. Global, 1989;

MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal de excepción: Terrorismo e inmigración**. La Coruña: Tirant editorial, 2007;

MORAES, Luis Edmundo de Souza. **Intelectuais da guerra moderna: a *intelligentzia* militar alemã e o conceito de guerra total**. In: LIMONCIC, Flávio; MARINHO, Francisco Carlos Palomanes. **Os intelectuais do antiliberalismo**. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 2010;

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**. Elaborado em outubro de 2005 (disponível em <http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=9014>, acesso 04/12/2008);

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito, economia, democracia e o seqüestro da subjetividade dos juslaboralistas**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba, páginas 147 a 166, 2001;

_____. **Direito Capitalista do Trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012;

RICHARD, Lionel. **A república de Weimar (1919-1933)**. São Paulo: Paz e Terra, 1988;

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Trad. Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992;

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. **A historiografia vai à guerra: a derivação *Voëlksisch* e o nazismo**. In: LIMONCIC, Flávio; MARINHO, Francisco Carlos Palomanes. **Os intelectuais do antiliberalismo**. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 2010;

SUPIOT, Alain. **Le droit du Travail**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004;

THALMANN, Rita. **A república de Weimar**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1988;

TREILLET, Stéphanie. **Dialectique du salaire socialisé**. In: ARTOUS, Antoine (coord.), **Pour le droit à l'emploi**. Paris: Ed. Sylpse, *Les cahiers de l'émancipation*, 2011.

Sobre o livro

Formato 15,5 x 23 cm

Tipologia Minion Pro (textos e títulos)

Papel Pólen 80g/m² (miolo)
Supremo 250g/m² (capa)

Projeto Gráfico Canal 6 Editora
www.canal6.com.br

Diagramação Erika Woelke



Impressão e Acabamento:

www.graficaviena.com.br

Santa Cruz do Rio Pardo - SP