

a sua realização. Portanto, e entendendo a importância que reveste nestes momentos o trabalho, como valor de alta significação para os seres humanos de quase todo o mundo, realizou-se uma análise material e formal do mencionado artigo, e do espírito da Constituição a respeito do direito e dever de trabalhar, nela declarado.

Palavras - chave

Direito ao trabalho; Constituição Espanhola.

Abstract

The inclusion of the right to work in the new constitutional texts implies a recognition of work from a new perspective, which distinguishes it from the freedom of labor that is typical of the liberal style Constitutions of the XIX Century, and from the concept of employment, defended by the social constitutionalism that arose in the XX century.

The Spanish Constitution of 1978 incorporates the right to work in its article 35^o.1, but there is a lack of clarity on the concept and extent of this right, particularly concerning the difficulty involved in putting it into practice. Understanding the importance nowadays, therefore, of work as a value of great importance for human beings almost the world over, a material and formal analysis was made of the above-mentioned article and of the spirit of the Constitution with regard to the right and duty to work declared in it.

Key words

Right to work; Spanish Constitution.

1. Introdução

O trabalho foi incorporado como “liberdade de trabalhar” nas Constituições do século XIX, inclusive na primeira metade do século XX. Sendo considerado como uma proposta de alcançar o pleno emprego, apenas a partir das Constituições mais progressistas. Mas, sem aparecer considerado como um direito que goza da garantia do Estado.

Neste contexto insere-se a Constituição Espanhola de 1978, declarando o direito ao trabalho no Título dedicado aos Direitos Fundamentais. Apresentando a característica própria do constitucionalismo social, que tratou de incorporar os institutos progressivamente declarados pelos textos internacionais e regionais da segunda metade do século XX.

A incorporação que fizeram os constituintes espanhóis de 1978 do direito ao trabalho, na Constituição do novo Estado Social y Democrático de Direito que criavam após dos anos da ditadura franquista, não foi uma inovação. Este “direito-dever” já existia em alguns dos textos constitucionais vigentes na Europa. Por exemplo: na Constituição Francesa de 1958, a través do Preâmbulo; na Constituição Portuguesa de corte socialista de 1976; e, especialmente, na Constituição Italiana de 1947, que declara entre seus Princípios Fundamentais: “Itália é uma república democrática fundada no trabalho” (art. 1º), que “reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho” (art. 4º).

Por outra parte, esta fórmula já havia sido utilizada na efêmera Constituição Espanhola de 1931, que reconhecia que “o trabalho em suas diversas formas é uma obrigação social” (art. 46º).

Este direito, que era quase uma obrigação própria do tradicional constitucionalismo social, aparecido especialmente no período de pós-guerra, ficou incorporado à Constituição Espanhola através do artigo 35º 1, declarando que:

“Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre eleição da profissão ou ofício, à promoção através do trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer suas necessidades e as de sua família, sem que em nenhum caso possa-se fazer discriminação por razão de sexo”. (Art. 35º,1, Tít. I, Cap. II, CE)

O conteúdo deste inciso primeiro, do artigo 35º CE, é complexo, e estabelece dois direitos diferentes. Por um lado reconhece o direito

ao trabalho, que é o principal dos direitos constitucionais no âmbito social, e, por outro, garante a livre eleição de profissão ou ofício. Mas é importante destacar que, na primeira parte do inciso, se garante algo mais que a liberdade de trabalho ou a defesa da seguridade social: Garante-se o direito ao trabalho a todo espanhol. Garantia da que existiam alguns antecedentes no constitucionalismo comparado europeu, como no art. 12º, inciso 1, da Lei Fundamental de Bonn; nos artigos 4º, 35º, 36º e 37º da Constituição Italiana; no art. 51º da Constituição Portuguesa de 1976; e no Preâmbulo da Constituição Francesa de 1946.

Também no âmbito internacional eram freqüentes as referências aos temas abordados neste preceito. Podem citar-se os artigos 6º e 7º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; a Carta Social Européia de 1961 e a Carta revisada em 1996; assim como os próprios Tratados Constitutivos das Comunidades e da União Européia.

Mas, o apartado 1 do artigo 35º CE, expressa direitos e deveres que possuem uma identidade com o trabalho, além do mero emprego. Neste sentido, somente a “liberdade de eleição de profissão ou ofício” tinha antecedentes claros no ordenamento espanhol (no art. 12º da Constituição de 1876¹ e no art. 33º da Constituição de 1931²). Portanto, a doutrina foi reticente em considerar esta declaração como um verdadeiro direito fundamental dos cidadãos.

2. Análise de material

2.1. O espírito da Constituição a respeito do direito ao trabalho

Através da leitura dos Diários das Sessões do Congresso e do Senado do ano 1978, pode-se observar que o texto do artigo referido ao direito ao trabalho, manteve-se, em linhas gerais, tal como tinha sido elaborado no Anteprojeto, e seguindo as pautas marcadas no acordo prévio do Pacto da Moncloa.³

Poderia assinalar-se como um aspecto de relevância a inversão sofrida pelo binômio “direito-dever”. Pois, no Anteprojeto encontrava-se em primeiro lugar o “direito” de trabalhar, seguido pelo

“dever”, e com as emendas apresentadas transformou-se em “dever-direito”, tal como ficou no texto definitivo.

No Anteprojeto a redação aparece desta forma:

Título II: Dos Direitos e Deveres Fundamentais

Capítulo II: Das Liberdades Públicas

Art. 30º:

1. Todos os espanhóis têm o direito ao trabalho e o dever de trabalhar. Reconhece-se o direito à livre eleição de profissão ou ofício e à promoção pessoal através do trabalho.
- 2) Os trabalhadores têm direito a uma remuneração suficiente para satisfazer as necessidades da vida pessoal e familiar. Em nenhum caso poderá fazer-se discriminação de sexo.
- 3) Para fazer efetivo o direito anunciado nos parágrafos anteriores, a lei regulamentará um Estatuto dos trabalhadores.

O texto do art. 30º do Anteprojeto foi objeto de análise e reflexão por parte da Comissão de Assuntos Constitucionais e Liberdades Públicas, mas não existiram muitas emendas sobre este artigo, se comparado com outros do mesmo Capítulo.

Gómez de las Rocas apresentou a a seguinte modificação:

Art. 30º: “Todos os espanhóis têm o direito ao trabalho e o dever de trabalhar. Reconhece-se o direito à livre eleição de profissão ou ofício e à promoção pessoal através do trabalho. Os poderes públicos estarão especialmente obrigados a proporcionar os meios necessários para a efetividade do pleno emprego que garanta a todos a participação responsável no trabalho e remunerações adequadas às necessidades da vida pessoal e familiar. Em nenhum caso poderá fazer-se discriminação alguma por razão de sexo”.

Segundo o Boletim Oficial das Cortes,⁴ concluído o Informe do Relator das emendas apresentadas ao Anteprojeto de Constituição, o art. 30º sobre o direito ao trabalho, passou a ser o art. 33º do Projeto apresentado ao Congresso, cujos apartados 1 e 2 refundiram-se em um só. Tendo-se aceito só a parte formal da emenda apresentada pelo Deputado Gómez de las Rocas, que propunha garantir o pleno emprego.⁵ Ficando a obrigatoriedade para o Estado, de realizar as políticas tendentes a conseguir o pleno

emprego, através do então art. 35º, que formava parte do Capítulo Terceiro, referido aos “Princípios Reitores da política social e econômica” com o seguinte texto:

“Os poderes públicos assumem a obrigação prioritária de fomentar uma política que assegure o pleno emprego e a formação e readaptação profissionais...”.

Podendo-se deduzir que o legislador constituinte de 1978 aceitou a incorporação do dever e direito de trabalhar, dentro dos direitos fundamentais, deixando a garantia do emprego, como princípio reitor das políticas governamentais. Mas, embora, os deputados aprovaram incluir a garantia do pleno emprego entre os Princípios Reitores, havia alguns que manifestaram a sua preocupação a respeito da possibilidade real que os poderes públicos pudessem cumprir com os compromissos que se estavam assumindo em nome do Estado.⁶ Ficando o texto definitivo⁷:

Título I: Dos Direitos e Deveres Fundamentais

Capítulo II: Direitos e liberdades

Sección 2ª: Dos direitos e deveres dos cidadãos

Art. 35º:

1. Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre eleição de profissão ou ofício, à promoção através do trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer as suas necessidades e as da família, sem que em nenhum caso possa fazer-se discriminação por razão de sexo.
2. A lei regulamentará um Estatuto dos trabalhadores.

Na época que se produziam os debates constitucionais, o Senador Martín-Retortillo (1978:168), sustentava que o artigo referido ao direito ao trabalho não tinha sofrido quase modificações, mas, entendia que o texto tinha uma grande conotação política, tentando ser fiel às Declarações Internacionais.

Este autor era consciente das dificuldades que apresentam aqueles direitos que não podiam alcançar-se se não mediava uma decidida atuação dos sectores públicos. Abrindo, para os juristas, problemáticas questões, ao estabelecer junto ao dever de trabalhar o direito ao trabalho. Chegando a perguntar: estabelece-se um direito, frente a quem?

Entanto, Sastre Ibarrete (1996, 79), na análise realizada sobre o artigo 35º.1 CE, conclui que o direito ao trabalho declarado na Constituição Espanhola está referido à liberdade de trabalho e não a um direito fundamental, cujo caráter é muito mais amplo.

Mas, tendo em conta que, a “liberdade de trabalho”, o “direito ao trabalho” e o “dever de trabalhar”, são figuras que aparecem historicamente relacionadas, e em ocasiões confundidas, resulta necessário entender que:

- a) a “liberdade de trabalho” foi fruto dos revolucionários franceses, que a exibiram como forma de desligar-se da ordem do trabalho dos grêmios, ficando incorporada ao constitucionalismo do século XIX;
- b) o “direito ao trabalho” é um dos pontos essenciais dos tempos atuais, especialmente desde a aparição dos direitos sociais, e generalizou-se no século XX, a partir da Constituição de Weimar; e
- c) o “dever de trabalhar” aparece como uma visão de futuro de uma sociedade que vê o trabalho como um modelo de vida solidária.

De modo que, resulta lógico pensar que o constituinte espanhol quisesse declarar um amplo conceito do trabalho no artigo 35º.1, apoiado nessa trípole da liberdade, a igualdade e a solidariedade. Aos que aderiram respectivamente: a liberdade de trabalho para escolher qualquer profissão ou ofício sem discriminação de sexo; o direito ao trabalho que teria todo espanhol, para o qual os poderes públicos deviam realizar as respectivas ações; e o dever de trabalhar de todos, para atingir os objetivos da sociedade toda.

2.2. A relação dever/direito de trabalhar

O binômio direito-dever associado ao conceito de trabalho não é novo, nem exclusivo do texto constitucional espanhol de 1978. O mesmo já estava incorporado em diversas Declarações internacionais e Constituições nacionais, e implícito na ideologia liberal burguesa que marcou as origens da legislação trabalhista, partindo, especialmente, da ética protestante.

Neste sentido, o Preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 agregou aos princípios de liberdade, políticos e sociais, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a proclama dos princípios

econômicos e sociais, declarando que “todos têm o dever de trabalhar e o direito a terem um emprego”.

Também a doutrina social da Igreja sustentou o direito-dever de trabalhar, e, porém não esteja expressamente determinado, pode-se deduzir do contexto das Encíclicas. Já na *Pacem in Terris* de Juan XXIII, afirmava-se que “o homem tem por si mesmo direitos e deveres que dimanam da sua própria natureza”. Mas, é na Encíclica *Laborem Exercens* de Juan Pablo II, onde maior relevância é conferida aos Direitos Sociais, especialmente ao trabalho ,(Rivero Lamas, 1987:441).

Entre os documentos internacionais, é importante destacar a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que no artigo 14º trata sobre “o direito ao trabalho e a uma justa retribuição”, tomando em consideração do “dever de trabalhar”, estabelecido no artigo 37º: “Toda pessoa tem o dever de trabalhar, dentro da sua capacidade e possibilidades, com a finalidade de obter os recursos para sua subsistência ou em benefício da comunidade”. Neste artigo se considera que o trabalho é a meta do homem, baseado naquela finalidade básica que expressa a relação do homem com o mundo e a sociedade. Aparecendo aí o fundamento do “dever”, que só pode ser limitado pelas possibilidades de realizá-lo. Mas, sendo à vez um direito natural, como se expressa no artigo 14º, existe a obrigação, do Estado e da sociedade, de proporcionar a toda pessoa um trabalho digno.

Em nível nacional, a Constituição Italiana declara, no artigo 4º, que reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho, agregando no segundo parágrafo o dever que têm os italianos de eleger uma atividade, de acordo às suas possibilidades, para contribuir ao progresso material ou espiritual da sociedade. O direito-dever que a Constituição Italiana confere ao trabalho, lhe outorga uma função social, já que o considera como fundamento do bem-estar de toda a sociedade. Não obstante a função social outorgada ao dever de trabalhar estabelecido neste texto constitucional, tem sido qualificado por parte da doutrina italiana como uma norma jurídica imperfeita, por carecer de sanção. Entendendo que o dever de trabalhar ficaria reduzido ao âmbito da solidariedade social.

Este conceito de “direito-dever” do trabalho, é analisado na atualidade por diversos autores, vendo no direito ao trabalho a necessária correlação com o dever de trabalhar. Quer como dever

moral que corresponde a todo cidadão de prestar sua atividade à comunidade; quer com a função de limitar o direito subjetivo ao trabalho e a possível reclamação de qualquer cidadão ante os poderes públicos.⁸

De acordo com o Tribunal Constitucional Espanhol, o Estado, ao formular suas políticas de emprego, deverá basear-se nesse “dever-direito” subjetivo, em cumprimento do regulado mediante o artigo 40º.1 CE. Sendo o mais importante de destacar para esta análise o reconhecimento que faz o Tribunal Constitucional, sobre “o direito ao trabalho existente para todos os membros da sociedade, de acordo ao mandato do 35º.1, embora devam limitar-se certas pretensões individuais, ou regular o emprego, em benefício da dimensão coletiva deste direito”.⁹

Alarcón Caracuel (1979, 36), há mais de duas décadas, analisou a relação existente entre o dever e o direito de trabalhar. Entendendo que, o “dever” pode ser interpretado de duas formas: em forma positiva e complementar do “direito ao trabalho” (como um “direito função”), ou bem pode ser rejeitado como coação inadmissível e oposta à liberdade. Da mesma forma em que a liberdade profissional pode ser interpretada junto ao direito ao trabalho como um ingrediente a mais, ou como uma limitação.

Tomando exclusivamente o conceito do dever de trabalhar, para entender a relação “direito-dever” consagrado no artigo 35º.1 CE, este autor explica que se deve partir por descartar o que com seguridade não representa:

- a) o dever de trabalhar não deve ser interpretado como trabalho forçoso, dado que está expressamente proibido no artigo 25º.2.;
- b) tampouco pode ser entendido com referência às prestações obrigatórias, às quais se faz menção no artigo 30º.

Trata-se de algo mais geral e difuso: entendido como a obrigação de desempenhar uma atividade ou função que coadjuve ao progresso material e espiritual da sociedade (que é o que determina a Constituição Italiana no artigo 4º.2), ou bem como a obrigação de aceitar um emprego adequado que seja oferecido ao requerente pelos serviços de colocação, sancionando-se a negação injustificada com a perda das prestações públicas pela situação de desemprego.

Ambas as possibilidades de interpretação são lógicas. O primeiro critério é congruente devido à conhecida influencia que o texto

constitucional italiano teve sobre os constituintes. Entanto que, atualmente, pode entender-se o segundo critério como uma interpretação mais concreta.

Não obstante, Sastre Ibarreche (1996:92) entende que a vinculação entre o direito ao trabalho e o dever de trabalhar, que se produz em alguns textos constitucionais modernos, obedece a um mero reflexo histórico sem implicar uma conexão sistemática entre ambas. De igual modo, Alexy (1997:492) não acredita na necessária relação entre o direito e o dever de trabalhar.

Entanto, o “dever-direito” outorgado ao trabalho pela Constituição Espanhola implica um duplo compromisso do Estado com os cidadãos: permiti-lhes gozar do direito, e à vez impô-lhes esse dever. Ficando comprometida a sociedade toda, simultaneamente como devedora e credora, segundo os Princípios Reitores da Política Social e Econômica, detalhados nos artigos 39º a 52º, do Capítulo III do mesmo Título I, referido aos Direitos Fundamentais.

Por outro lado, resulta obvio que, entanto o Estado não garanta o pleno emprego resultaria dificilmente justificável exigir aos cidadãos o dever de trabalhar. Esta aparente dicotomia já se percebeu nos debates do Senado. De acordo o Diário de Sessões do Congresso Constituinte de 1978, houve críticas referentes ao paradoxo de um direito ao trabalho estabelecido junto a uma economia de livre mercado.¹⁰

2.3. O alcance do direito ao trabalho, segundo os próprios constituintes

Com a finalidade de aprofundar a análise material, e contando com a possibilidade de conhecer em forma direta o espírito da Constituição Espanhola do 78, após de 25 anos da declaração deste discutido direito ao trabalho, tentou-se conhecer o significado que os constituintes de 1978 lhe outorgaram ao incorporá-lo. Para isto, foram entrevistados os constituintes Gastón¹¹ e Gómez¹² de las Roces , que tiveram direta participação no tema.

Gastón explica que o artigo referido ao trabalho foi um desses artigos que foram pactuados previamente, tendo-se poucas possi-

bilidades de modificação. Pois “não se pode negar que houve entendimentos prévios sobre questões fundamentais, que são normais que existam em qualquer lugar e legislatura”.

Perguntado se entendia que ao proclamar-se o direito ao trabalho, no inciso primeiro estava-se fazendo referência só ao emprego ou ao trabalho em geral, o constituinte respondeu:

Tratava-se do direito a trabalhar, em sentido amplo, em qualquer atividade e não meramente a possuir um emprego, ... entendendo-se que o direito declarado nesse artigo teria que ser desenvolvido por leis posteriores e, portanto, não outorgava uma ação pública ao cidadão.

Ante a pergunta sobre a consideração dos constituintes sobre o direito ao trabalho como Direito Fundamental, responde:

Sobre isso não existia dúvida nenhuma. O trabalho é um direito fundamental e esse é o espírito da Constituição, mesmo existindo a certeza das dificuldades que se apresentariam aos poderes públicos para efetivá-lo.

No mesmo sentido responde Gómez de las Rocas.¹³ E, tendo em conta que foi um dos poucos constituintes que apresentaram emendas a este artigo, se lhe apresentam os seguintes quesitos:

Quando V.S. apresenta, em 21 de janeiro de 1978, a sua emenda¹⁴ ao artigo 30º, no inciso primeiro propõe que, para “... a promoção pessoal através do trabalho, os poderes públicos estarão especialmente obrigados a proporcionar os meios necessários para conseguir a efetividade do emprego...” Estava pensando nesse momento que o direito ao trabalho somente se poderia efetivizar através do pleno emprego? Ou pensava que o pleno emprego era uma meta, mas que os poderes públicos deveriam realizar políticas para garantir o trabalho em geral, inclusive os autônomos, os de serviços do lar, sociais, etc.?

Meu pensamento estava mais próximo à segunda dessas hipóteses.

Considera que ao aprovar-se “o dever e o direito ao trabalho”, de acordo à redação do atual artigo 35º.1.CE, os constituintes estavam pensando num significado amplo do trabalho, como direito fundamental, embora não se tenha incluído entre os direitos reforçados¹⁵ da Seção Primeira do Capítulo II?

Pensava-se num significado amplo do trabalho, mas também se pensava em não formular declarações meramente programáticas.

A última parte da resposta do constituinte Gómez das Roses parece pôr em evidência que o espírito da Constituição Espanhola não aceitava que o direito-dever de trabalhar fosse uma simples declaração.

Entanto, Peces-Barba¹⁶, embora não se referindo em forma específica ao direito ao trabalho, opinava que os Direitos Fundamentais do Capítulo II, Seção 1^a e 2^a, eram “aqueles cujo desenvolvimento tem que se fazer por lei, com a garantia que esta lei deverá respeitar seu conteúdo essencial, recolhido na Constituição, e por isto Fundamentais” (1983:163). Opinião que ratificou em escritos atuais ao dizer que “os direitos do Capítulo II têm plena eficácia direta” (Peces-Barba, 2001:253). Permitindo inferir que também este constitucionalista aceita que o direito ao trabalho consagrado no art. 35^o.1 CE é um direito fundamental.

Considerando a opinião dos constituintes, e tendo em conta que o direito ao trabalho foi declarado de acordo com a modalidade do Constitucionalismo social, as Declarações internacionais e os Convênios supra-estatais, pode-se deduzir que estava no ânimo dos constituintes um conceito de trabalho como direito fundamental e princípio da dignidade das pessoas.

3. Análise formal

Na Constituição Espanhola os Direitos Fundamentais encontram-se no Título I “Dos direitos e deveres fundamentais”, divididos em cinco Capítulos (Cap. I: “Dos espanhóis e os estrangeiros”; Cap.II: “Direitos e Liberdades”; Cap. III: “Dos princípios reitores da política social e econômica”; Cap. IV: “Das garantias das liberdades e direitos fundamentais”; Cap. V: “Da suspensão dos direitos e liberdades”). Os três primeiros estão encarregados de recolher os direitos substantivos que a Constituição tutela e que, em linhas gerais, coincidem com os catálogos das Declarações vigentes, tanto de direito interno como internacional.

A sistemática adotada nesses três primeiros capítulos (direitos substantivos) encontra-se recolhida no art. 53^o (Cap. IV), que oferece dois critérios de distinção: as fontes e as garantias.

O “direito ao trabalho” está declarado no Título primeiro “Dos Direitos e Deveres Fundamentais”, localizado no apartado da autêntica declaração de direitos, no Capítulo II referido a “Direitos e Liberdades”. Mas, dever-se-á ter em conta que não todos os conteúdos dos preceitos do Título I compreendem Direitos Fundamentais.

O Capítulo II divide-se, pela sua vez, em duas Seções (Seção 1ª: “Dos direitos fundamentais e das liberdades públicas”, e Seção 2ª: “Dos direitos e deveres dos cidadãos”) precedidas do reconhecimento do princípio de igualdade ante a lei, no artigo 14º, contendo direitos cujo desenvolvimento tem que se fazer por lei, com a garantia que se deverá respeitar seu conteúdo essencial. Mas, pelo fato de não estarem totalmente desenvolvidos no texto constitucional, a doutrina entende que os direitos declarados na Seção Segunda do Capítulo II possuem um conteúdo de caráter misto.

Esse caráter misto que lhe corresponde ao direito ao trabalho, pela sua localização dentro dos direitos Fundamentais da Segunda Seção, ou seja, que não possui a garantia reforçada do art. 53º.2 (reservada aos direitos declarados na Seção Primeira), tem levado à doutrina dominante considerá-lo como um direito a prestações. Negando-lhe o reconhecimento como um direito fundamental originário e entendendo-o como uma declaração com aparências legitimadoras do Estado Social, mas de escassa significação real.

Através desta análise não se pode deduzir com certeza que no momento de declarar-se constitucionalmente o direito-dever de trabalhar, se quisesse garantir um direito ao trabalho em sentido amplo, dado que o interesse parecia estar centrado na defesa dos direitos dos assalariados. Mas, por outro lado, subjazia nos constituintes a convicção da inalienabilidade deste direito como fundamento da dignidade da pessoa. Embora não o dotaram do caráter de direito subjetivo.

4. O sujeito passivo do direito ao trabalho

Fazendo uma análise sistemática, a declaração do direito ao trabalho do artigo 35º.1 CE resulta numa obrigação para o Estado de

efetivar à sua realização. Pois, de acordo ao artigo 53º.1 CE¹⁷, os direitos reconhecidos no Capítulo II do Título I “vinculam a todos os poderes públicos”.

De acordo com isto, todos os poderes públicos estariam obrigados a reconhecer o direito ao trabalho. E, cada um, dentro da sua esfera de atuação, teria obrigação de ditar leis e de implementar políticas e ações, conforme à determinação do artigo 40º.1 CE.¹⁸

Alarcón Caracuel (1979:26), fazendo a interpretação do conteúdo da tutela do direito ao trabalho na Constituição Espanhola, considera três diversos modos de entender o poder vinculante que possa ter para os poderes públicos:

1º) como uma mera orientação ao legislador e aos poderes públicos em geral;

2º) como uma autêntica obrigação por parte dos poderes públicos em geral e, muito especialmente para o Legislativo, sobre o qual caberia um controle negativo, podendo-se recorrer por anticonstitucionalidade ante a omissão do ordenado; e

3º) como um direito de crédito contra o Estado, constitucionalmente outorgada a todos os cidadãos, sendo diretamente acionável frente aos poderes públicos com a pretensão de obter um trabalho.

Para este autor, já ninguém aceita a primeira tese, por considerá-la que inválida aos textos constitucionais e por outro lado, poucos se animam a defender a terceira por não encontrar a possibilidade de realizá-la numa economia de mercado com o reconhecimento constitucional da livre empresa. E, alguns doutrinários, baseados neste último sentido, negam a possibilidade constitucional de um direito ao trabalho.

Entendendo, pois, sua vinculação com os poderes públicos como uma verdadeira obrigação de legislar e pôr em prática políticas económicas que garantam o exercício deste direito. Mas, sempre que a situação económica o permitisse, e que não entrasse em colisão com a liberdade de mercado.

No entanto, Abramovich e Courtis (2002, 23-32) defendem a exigibilidade dos Direitos Sociais e não duvidam em compreender o direito ao trabalho dentro das obrigações positivas e negativas que lhe cabem cumprir ao Estado, sem poder justificar a sua morosidade pelas dificuldades económicas. Ressaltando, ainda,

que para uma plena satisfação do direito ao trabalho, não bastam as políticas de pleno emprego e as ações dos poderes públicos junto à sociedade. Necessitar-se-ia, de modo muito especial, poder fazer uso dos meios jurídicos.

Igualmente, Pérez Tremps (1991:115) trata sobre a natureza de autênticos direitos subjetivos que possuem os direitos Fundamentais do Capítulo II. Entendendo-os como plenamente exigíveis frente os poderes públicos. É dizer que, de acordo com este autor, qualquer pessoa titular de um dos direitos compreendidos nos artigos 14º a 38º da Constituição Espanhola poderia exigir que o dito direito lhe seja respeitado. Correspondendo esta situação, conseqüentemente, ao direito ao trabalho do artigo 31º.1.

5. Legitimação ativa

Alguns doutrinários especulam que o titular dos direitos sociais é o homem, mas não na qualidade de indivíduo isolado senão como parte de uma coletividade. Mas este critério não pode levar à interpretação de um sujeito ativo difuso como é a sociedade, senão ao homem visto no contexto social. No caso específico do direito ao trabalho declarado na Constituição Espanhola, o titular seria o homem (ou a mulher) desde a ótica do dever-direito de trabalhar.

Embora, não se encontrem teorias relevantes aceitando que o direito ao trabalho tem no homem, como cidadão, o sujeito ativo desse direito fundamental, existem teorias que demonstram a possibilidade dessa exigibilidade. Neste sentido, Abramovich e Courtis (2002:37) assinalam que a ampliação das funções do Estado, no contexto do modelo dos Direitos Sociais, não se tem traduzido tecnicamente na configuração de direitos subjetivos, segundo o modelo elaborado sob o paradigma do direito privado clássico. Mas, tampouco há nada que impeça elaborar direitos subjetivos reclamáveis, individual ou coletivamente.

Os citados autores também lembram que o contexto político-ideológico, no qual surgiram o direito subjetivo e as garantias judiciais de tutela, foi no modelo do direito de propriedade e, portanto, deve-se ter consciência das limitações geradas nesse contexto. Mas, essas particularidades não são suficientes como para desconhecer a

legitimação da reivindicação, e o poder de reclamo, ante uma autoridade imparcial, em caso de não cumprimento de um direito social reconhecido constitucionalmente.

A inexistência de instrumentos processuais concretos, para remediar a violação de certas obrigações que nascem de direitos sociais, não permite inferir a impossibilidade técnica de criá-los e desenvolvê-los (Abramovich e Courtis, 2002:40). Sendo que o argumento da inexistência de ações idôneas, assinalaria, simplesmente, um estado de coisas suscetível de ser modificado.

No caso específico do Art. 35º.1 CE, em primeiro lugar, dever-se-ia pensar no direito subjetivo que caberia a “todo espanhol” de exigir a possibilidade de realizar um trabalho que lhe permitisse satisfazer as suas necessidades, interpretando este artigo com os correspondentes do texto constitucional:

a) Pelo princípio da igualdade, consagrado no artigo 14º CE: “todos os espanhóis são iguais ante a lei, sem que possa prevalecer discriminação alguma...”, o que permite deduzir que todos os espanhóis estão legitimados para reclamar este direito (independentemente da possibilidade que pudesse ter qualquer residente legal em Espanha, sem ser espanhol de nascimento ou naturalizado).

b) Essa legitimação baseada no artigo 14º CE, estaria, além, complementada pela via do artigo 24º CE, ao declarar que “todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos Juízes e Tribunais...”.

c) De acordo o começo da segunda oração do artigo 53º.1 CE: “Só por lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá regular-se o exercício de tais direitos e liberdades...”, e sendo que o próprio artigo 35º, no inciso 2, manda que “a lei regulará um estatuto dos trabalhadores”, encontramos ante um Estatuto dos trabalhadores excludente de um setor da população, que não fica compreendido em seu âmbito de aplicação.

Desde este critério só estariam legitimados para reclamar os trabalhadores em relação de dependência contemplados no âmbito de aplicação do Estatuto dos trabalhadores. Mas essa condição de trabalhador não coincide com a declaração ampla constitucional do artigo 35º.1 CE.

A garantia do direito ao trabalho estaria, então, possibilitando a reclamação ante os poderes públicos, entre eles, ao Poder Judicial, pelo jogo dos seguintes artigos da Constituição Espanhola:

35º.1: Todos o espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho...;

1º: Espanha se constitui num Estado Social...;

9º.2: Corresponde a os poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do individuo e dos grupos em que se integra, sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem a sua plenitude...;

10º: A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes...;

14º: Os espanhóis são iguais ante a lei, sem que possa prevalecer discriminação alguma...;

24º: Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos Juízes e Tribunais...;

40º.1: Os poderes públicos promoverão as condições favoráveis para o progresso social e econômico e para uma distribuição da renda regional e pessoal...;

128º.1: Toda riqueza do país, em suas diversas formas e seja qual fosse sua titularidade estará subordinada ao interesse geral;

128º.2: Reconhece-se a iniciativa pública da atividade econômica...;

Estando-lhes vedado aos possíveis demandantes, o procedimento sumário e de preferência, outorgado pelo artigo 53º.2 para os direitos “reforçados” dos artigos 15º a 29º e 30º inciso 2º. Pois, o artigo 35º está regido de acordo o artigo 53º.1 (in fine), ordenando que, estes direitos e liberdades “tutelar-se-ão de acordo com o previsto no art. 161º 1.a”. De modo que os eventuais sujeitos ativos do direito ao trabalho estão excluídos do Recurso de Amparo ante o Tribunal Constitucional, mas nada os impediria de acionar ante os Tribunais ordinários, se pudessem comprovar que fizeram as ações correspondentes com o dever de procurá-lo.

6. Conclusão

De acordo a nossa análise a Constituição Espanhola é fonte direta do direito ao trabalho, embora não possa entender-se a norma do 35º.1 como de aplicação imediata. Mas, dever-se-á ter em conta que:

a) o Poder Legislativo não poderá ditar normas que desconhecem o direito ao trabalho;

b) o governo, através da sua potestade regulamentaria e executiva, outorgada pelo artigo 97º, terá que implementar políticas tendentes a afiançar este direito; e

c) os Tribunais de Justiça terão que atender e resguardar a constitucionalidade deste direito-dever.

Considerando-se que, a expressa consagração constitucional deste direito não implica de forma automática que o Estado tenha que outorgar um emprego a cada espanhol, senão que esse Estado reconhece o direito a trabalhar que corresponde a cada espanhol, sempre que cumpra com o recíproco dever de procurar exercer esse direito.

De modo que, apesar da dependência existente entre este direito-dever com os recursos econômicos, sua efetividade não se pode reduzir a uma simples apelação ao legislador. Pois, sua inclusão dentro dos direitos e deveres fundamentais, está assinalando esse caráter modelar e paradigmático que ostenta ao máximo nível do ordenamento jurídico, como a manifestação da legitimidade legalizada do Estado.

Portanto, concluímos que o direito ao trabalho está declarado na Constituição Espanhola como um verdadeiro direito fundamental, que tem a ver com a dignidade humana e o Estado Social de Direito.

Referências

ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, CH. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALARCÓN CARACUEL, M. R. *Constitución y Derecho del Trabajo: 1891-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992.

_____. Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar. *Revista de Política Social* nº 121, Madrid, 1979.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALONSO OLEA, M. *Las fuentes del Derecho, en especial del derecho del trabajo según la constitución*. Madrid: Civitas, 1982.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas -DOCE- nº 364 (18-12-2000)

Carta Social Europea, Consejo de Europa, 1961.

Carta Social Europea revisada, Consejo de Europa, 1996.

Constitución Española 1978-1988, Tomos I, II y III. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre. Colombia: Novena Conferencia Internacional, 1948.

MARTÍN-RETORTILLO, L. El orden económico y el trabajo en la Constitución. En Rivero Lamas, J., (Dir.) *El Trabajo en la Constitución, II Coloquio de Jaca*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1982.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Derechos fundamentales*. Madrid: Universidad de Madrid, 1983.

_____ El socialismo y el derecho al trabajo, *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales nº 97, 1990, p. 3-10.

_____ *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*. Madrid: Dykinson, 1999.

_____ *Textos Básicos de Derechos Humanos*. Elcano: Aranzadi, 2001.

PÉREZ TREMP, P. Los derechos fundamentales. En *Derecho Constitucional*, Vol.1: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. Valencia: Tirant lo blanch, 1991.

RIVERO LAMAS, J. *Génesis y desarrollo de la política de concertación social en las relaciones laborales*. En El desarrollo de la Constitución Española de 1978. Zaragoza: Libros Pórtico, 1982.

_____ (Dir.) *El Trabajo en la Constitución, II Coloquio de Jaca*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1982.

_____ Los derechos humanos en el ámbito laboral. En *Estudios sobre la Encíclica Laborem Exercens*. Madrid: Biblioteca Autores Cristianos, 1987.

SASTRE IBARRECHE, R. *El Derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996.

Notas

- 1 "Cada um é livre de eleger a sua profissão e de apreendê-la como melhor lhe pareça" Art. 12º CE de 1876.

- 2 “Toda pessoa é livre de eleger profissão . Reconhece-se as liberdades de indústria e de comércio salvo as limitações que por motivos de economia e sociais, de interesse geral, imponham as leis”. Art. 33º CE de 1931.
- 3 Os “Pactos de la Moncloa” assinados em 27/10/1977 entre o governo e os representantes dos grupos parlamentares não representaram um “pacto social” senão um acordo político fora das Câmaras Legislativas, sobre aspectos chaves que tinham sido acordados previamente, para manter um equilíbrio econômico e democrático. Cf. RIVERO LAMAS, J. *El desarrollo de la constitución Española de 1978*, Zaragoza:Libros Pórtico, 1982, p. 42.
- 4 Boletín Oficial de las Cortes nº 82, de 17/04/78.
- 5 O Deputado Gómez das Roces, propunha uma redação refundida dos incisos 1 e 2, pretendendo pôr “ênfase num fator tão importante para a promoção humana e para a estabilidade social como o do pleno emprego e o da participação (não só remuneração) no trabalho”.
- 6 Entanto que o Grupo Parlamentar Socialista de Catalunya, com o objetivo de melhorar o conteúdo do artigo, propunha um texto, no qual pode-se notar uma maior diferenciação entre o trabalho em sentido genérico, garantido para todos, e as garantias específicas ao trabalhador no emprego: Art. 30º: 1. “Todos os espanhóis têm direito ao trabalho e o dever de trabalhar. Reconhece-se o direito à livre eleição de profissão ou ofício, à estabilidade no emprego e à promoção pessoal a través do trabalho”. 2. “Todos os trabalhadores têm direito a uma remuneração suficiente...”
- 7 Fonte: Diário das Sessões dos Debates Parlamentares do Projeto de Constituição Espanhola. BOC Nº 121, Pleno do Senado.
- 8 O Tribunal Constitucional teve oportunidade de manifestar-se reconhecendo as limitações que afetam o direito do trabalho do artigo 35º CE. A Sentença 22/1981 assinalou uma interpretação, que até o presente não foi modificada: “a efetividade do direito ao trabalho - na sua faceta coletiva - segue-se mediante uma política de pleno emprego, cuja execução pode conduzir a que numa razoável ponderação do direito individual ao trabalho, de uma categoria de trabalhadores, se veja justamente limitado em prol da consecução de um resultado socialmente mais estimável na perspectiva coletiva do Direito do Trabalho”. Tendo privilegiando o Tribunal Constitucional da Espanha, nessa interpretação modelar, o âmbito coletivo sobre o individual, poder-se-ia supor que o direito ao trabalho de um individuo não pode antepor-se à “obrigação-direito” de trabalhar que tem a sociedade. Entanto que no oitavo fundamento jurídico, da mesma sentença, declara que “o direito ao trabalho não se esgota na liberdade de trabalhar; supõe também o direito a um posto de trabalho, e como tal apresenta um duplo aspecto: individual e coletivo, ambos reconhecidos nos artigos 35.1 e 40.1 da nossa Constituição (espanhola), respectivamente. No aspecto individual se concreta no igual direito de todos a um posto de trabalho, se se cumprem os requisitos necessários de capacitação, e no direito à continuidade ou estabilidade no emprego, é dizer, não ser despedidos sem justa causa. Na dimensão coletiva, o direito ao trabalho implica além um mandato aos poderes públicos para que levem a cabo uma política de emprego, pois em outro caso o exercício do

direito do trabalho por uma parte da população leva consigo a negação desse mesmo direito para outra parte da mesma”.

- 9 Sentencia do Tribunal Constitucional da Espanha: STC 22/1981, de 2 de julho.
- 10 O senador constituinte Xirinac Damians dizia: “Dice el texto que todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, este derecho nunca será respetado por una sociedad capitalista como la que se constitucionalista...”, Cf, Debates en la Comisión del Senado, Diario de Sesiones, Tomo VI.
- 11 Emilio Gastón foi constituinte pelo Partido Socialista de Aragão e porta-voz do Grupo Misto Parlamentar. Nas explicações sobre o processo de apresentações das emendas, o constituinte explica que na redação do texto não se tiveram em conta as possibilidades econômicas para o exercício, nem o tema dos imigrantes, já que se fala somente de espanhóis, nem a incorporação da Espanha à União Européia (1985). Além o Estatuto dos trabalhadores, que se manda legislar mediante o inciso segundo, não contemplou uma idéia abrangente do trabalhador, resultando limitativo da normativa constitucional.
- 12 Hipólito Gómez de las Rocas, deputado constituinte pelo Partido Aragonês Regional.
- 13 A respeito do artigo sobre o trabalho que aparece no Anteprojeto, se lhe pergunta: Quando se estabelece o direito e dever de trabalhar, no então art. 30º.1, do Anteprojeto de Constituição, estava-se pensando somente no “emprego” ou mais genericamente no “direito ao trabalho” que devia ter todo espanhol? Respondendo: Considero que se pensava na plenitude do conteúdo desse direito, que sobre-passa a concreta hipótese do emprego.
- 14 Emenda Constitucional nº 43.
- 15 A referência a “direitos reforçados” está assinalando os direitos que podem ser reclamados mediante o Recurso de Amparo ante o Tribunal Constitucional Espanhol.
- 16 Deputado pelo Partido Socialista, foi um dos redatores do Anteprojeto constitucional.
- 17 O art. 53.1 CE, diz: “Os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam a todos os poderes públicos. Só por lei, que dererá respeitar o conteúdo essencial, poderá regular-se o exercício destes direitos e liberdades, que serão tuteladas de acordo ao Art. 161º.1. a”.
- 18 O art. 40º.1 CE, diz: “Os poderes públicos promoverão as condições favoráveis para o progresso social e econômico, e para uma distribuição da renda regional e pessoal, mais eqüitativa, no âmbito de uma política de estabilidade econômica. De modo especial realizarão uma política orientada ao pleno emprego”.

Recebido em 04/03

Avaliado em 05/03

Aprovado para publicação em 05/03

