

DIREITO HUMANO ECONÔMICO E SOCIAL AO TRABALHO E A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O Caso dos "Flanelinhas" de Campos do Jordão.

Nícia Bosco¹

SUMÁRIO

Introdução; 1 Dignidade da pessoa humana e os direitos humanos; 1.1 A história dos direitos humanos; 1.2 Direitos humanos sociais, econômicos e culturais; 1.3 Direitos humanos sociais e econômicos na Constituição Federal; 1.4 Direito humano econômico e social ao trabalho; 1.5 Interpretação das normas constitucionais de proteção aos direitos humanos; 1.6 Eficácia das normas constitucionais de proteção aos direitos humanos; 2 Ética Pública; 2.1 Dimensão ética da administração pública; 2.2 Ética, moralidade e legalidade no Direito Administrativo; 2.3 Justiça social, ética administrativa e políticas; 3 O caso dos "flanelinhas" de Campos do Jordão; 3.1 O direito ao trabalho; 3.2 A política pública de desemprego; Conclusão; Referência das Fontes Citadas

RESUMO

O texto aborda o tema dos direitos humanos, em especial o direito humano econômico e social ao trabalho, a partir da concepção que os atrelam à idéia de dignidade da pessoa humana. Apresenta dados históricos sobre o desenvolvimento dos mesmos e analisa o tratamento que lhes confere a Constituição Federal. Nesse contexto, discute a vinculação da administração pública com a eficácia dos mesmos. Por fim, analisa o procedimento da Administração Pública do Município de Campos do Jordão quanto ao trabalho dos guardadores de veículos automotores.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana, Direitos Humanos, Direito ao Trabalho, Ética, Administração Pública.

¹ Advogada e aluna do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unidade de Ensino de Lorena. Linha de pesquisa: Direitos Sociais e Cidadania. Disciplina: Ética Administrativa e Cidadania - e-mail: niciabosco@gmail.com

RESUMEN

El texto aborda el tema de los derechos humanos, en especial el derecho humano, económico e social al trabajo, según la concepción que los enlazan a la idea de dignidad de la persona humana. Presenta datos históricos acerca del desenvolvimiento de los mismos y analiza el tratamiento que les confiere la Constitución Federal. En este contexto debate la vinculación de la administración pública con la eficacia de los mismos. Por final, analiza el procedimiento de la Administración Pública de la Municipalidad de Campos do Jordão cuanto a lo trabajo de los guardiadores de vehículos automotores.

Palabras-clave: *Dignidad de la persona humana, Derechos Humanos, Derecho al Trabajo, Ética, Administración Pública.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende discutir a vinculação da administração pública com a realização da dignidade da pessoa humana, em especial, na promoção do trabalho. Partimos da concepção de dignidade da pessoa humana e sua concretização mediante a efetivação dos direitos humanos. Analisamos a concepção moderna dos direitos humanos, seu desenvolvimento histórico, o direito ao trabalho e o tratamento a ele conferido pela Constituição Federal. De outro lado, analisamos o conceito de ética pública, sustentando que seu parâmetro é a satisfação do bem comum, é a efetivação dos direitos humanos, entre os quais o direito ao trabalho. A partir destas conclusões, analisamos o procedimento da Administração Pública do Município de Campos do Jordão quanto ao trabalho dos guardadores de veículos automotores, os "flanelinhas".

Nem sempre o Poder Público tem tratado adequadamente a questão da realização dos direitos humanos e do direito ao trabalho. Diante de um contraditório quadro de desemprego e crescimento da arrecadação fiscal, observamos por parte das administrações municipais, não apenas a omissão na promoção do emprego, mas também uma ação que reduz as perspectivas de trabalho, como no caso em análise. E o resultado disto é o crescimento da dependência dos cidadãos pobres da precária assistência social do Estado. A importância desta análise, portanto, está em introduzir uma discussão acerca do papel da Administração Pública Municipal na efetivação do direito humano ao

emprego e assim atender ao paradigma ético de realização da dignidade da pessoa humana.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS HUMANOS

A dignidade da pessoa humana, conceito recorrente nos modernos estatutos jurídicos, é considerada como um valor supremo que sintetiza todos os direitos fundamentais². Parte da idéia kantiana de que os seres humanos devem ser tratados como centro da sociedade, como fins em si mesmos³, e, portanto, dotados de dignidade⁴. Assim, a idéia de dignidade da pessoa humana precede às leis, que somente vieram a reconhecê-la e materializá-la através dos direitos humanos.

A dignidade da pessoa humana passa, portanto, a ser o referencial ético, dentro de uma ótica de preocupação com o outro, de ruptura com o individualismo. Resgata, assim, também, a perspectiva da antiguidade clássica que associa a ética com a justiça, que considera a justiça como a virtude que leva o homem a querer o bem do outro⁵. Como referencial ético irá orientar não apenas a

² “O conteúdo mínimo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais é, conforme assevera a melhor doutrina, a dignidade da pessoa humana. Esta é o denominador comum de todos os direitos fundamentais, ao qual todos eles podem ser reduzidos. Ou seja, a dignidade da pessoa humana é um princípio de natureza absoluta, devendo ser preservada e respeitada por todos, constituindo o piso mínimo ao qual estão inexoravelmente adstritos todos os direitos fundamentais. A pessoa deve ser vista como fundamento primeiro e último do Estado, conferindo a dignidade da pessoa humana uma unidade de sentido e de valor aos direitos fundamentais”. (PORT, 2005, p. 30)

³ “Agora eu afirmo: o homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para qualquer uso desta ou daquela vontade; em todas as suas ações, deve, não só nas dirigidas a si mesmo, como também nas dirigidas aos demais seres racionais, ser considerado sempre ao mesmo tempo como fim”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Tecnoprint, p. 111, *apud* SILVA, 2006, p.80).

⁴ “No reino dos fins, tudo tem um preço, ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se por em vez dela qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Coimbra, 1990, p. 68 e 76, *apud* MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra Editora, 1993, t.4, *apud* ALVARENGA, 1998, p. 135).

⁵ “A mesma razão, isto é, o fato de implicar a relação com alguém mais, dá conta do parecer de que a justiça exclusivamente entre as virtudes é ‘o bem alheio’ porque ela concretiza o que constitui a vantagem do outro, seja este alguém que detém autoridade, seja um parceiro”. (ARISTÓTELES, 2002, p. 138)

elaboração das normas, mas também a aplicação e interpretação sistemática das mesmas.

Os direitos humanos, que concretizam o ideal da dignidade, abrangem os chamados direitos de liberdade (políticos), de igualdade (sociais, econômicos e culturais), da coletividade (aqui os demais direitos considerando o homem como membro de uma coletividade) e de solidariedade (meio ambiente, respeito à diversidade, qualidade de vida).

Estes direitos são considerados interdependentes, indivisíveis e universais, pois o homem é considerado em sua integralidade física e moral, e depende de todas estas condições materiais e imateriais para o pleno desenvolvimento de suas capacidades. Como explica Flávia Piovesan:

Neste cenário, a Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. (PIOVESAN, 2006, p. 18).

A interdependência entre democracia, desenvolvimento econômico e direitos humanos, inclusive reconhecida pelos tratados internacionais ⁶, fica ainda mais clara quando se observa, no mundo economicamente globalizado, o desrespeito sistemático dos direitos fundamentais, sobretudo das populações carentes, aqui consideradas tanto como nacionalidade, como setor social de uma comunidade.

⁶ Como exemplo, temos a Declaração de Viena de 1993: "5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais".

BOSCO, Nícia. Direito humano econômico e social ao trabalho e a vinculação da administração pública: o caso dos "flanelinhas" de campos do Jordão. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Observa-se uma política econômica neoliberal, que propugna pela redução da intervenção do Estado Nacional na garantia dos direitos sociais; a atividade econômica realizada ou sustentada pelas transnacionais, que explora as riquezas naturais dos países pobres, sem sequer fornecer uma contraprestação adequada, e destrói o meio-ambiente, ameaçando a própria vida no planeta; um modo de vida que privilegia o indivíduo e não a solidariedade, e acaba por promover as intolerâncias políticas, culturais e religiosas que, por sua vez, afrontam as liberdades públicas e justificam as exclusões sociais (BITTAR, 2004, p. 7).

Por esta razão, a doutrina tem destacado como desafios atuais para a promoção dos direitos humanos a adoção da laicidade estatal, afastando os fundamentalismos religiosos, o direito ao desenvolvimento, para equilibrar as assimetrias globais, a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais em face da globalização econômica, o respeito à diversidade, o combate ao terror para preservação de direitos e liberdades públicas, a solidariedade da sociedade internacional na construção da paz, mediante uma cultura universalista de direitos humanos (PIOVESAN, 2006).

1.1 A história dos direitos humanos

Os direitos humanos resultam de esforço racional para a manutenção ou resgate da dignidade humana, no marco dos conflitos sociais, num processo permanente de construção e reconstrução no curso da história, onde novos direitos são estabelecidos para complementar e ampliar conteúdos dos direitos fundamentais, ou mesmo para conferir efetividade aos já existentes, em face das demandas propostas por novas conjunturas políticas, econômicas e sociais ⁷.

Parte da doutrina tem utilizado a formulação de gerações de direitos. Assim, teríamos como primeira geração os direitos políticos, de liberdade, de propriedade, de igualdade jurídica, nascidos da luta do cidadão em face do

⁷ "Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos." (SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania, In: _____. *Direitos Humanos no Século XXI*. [S.l.: s.n.], 1998, p. 156, *apud* PIOVESAN, 2006, p. 16)

Estado Absolutista ou do colonizador. Na segunda geração, frutos das demandas pela melhoria das condições de vida do trabalhador, se enquadrariam os direitos sociais e econômicos, o direito ao trabalho, à seguridade social, à habitação, à saúde, à educação. Na terceira geração, estariam os direitos do homem como integrante de um grupo social, os direitos do consumidor, das "minorias" enquanto etnias, gênero, raça. Por fim, na quarta geração, encontraríamos os direitos chamados de solidariedade, que abrangem o ser humano enquanto gênero ameaçado em sua preservação, como o direito ambiental, o bio-direito.

No entanto, a formulação de gerações de direitos permite a conclusão tanto de uma evolução histórica, que a própria palavra "geração" pressupõe, como de sucessão de gerações e, assim, distancia-se da verdadeira natureza de universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos fundamentais. A história dos direitos humanos, por sua vez, demonstra que esta conclusão não guarda correspondência com a realidade. Com efeito, direitos hoje tidos como sociais foram enunciados no mesmo momento que alguns dos chamados direitos políticos. A Revolução Francesa alertava sobre o direito à liberdade, mas também à vida. O pós-guerra resgatou direitos civis e estabeleceu direitos de seguridade social. Quando se evocam direitos coletivos ou mesmo os direitos de solidariedade, não se trata de outra coisa senão dos mesmos direitos sociais e políticos, agora estabelecidos de forma a responder a uma sociedade de massas e globalizada.

Esta concepção de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos consolida-se no pós-guerra. A Declaração de 1789 já preconizava o conteúdo de universalidade dos direitos fundamentais, a partir de uma concepção de direitos de todos os homens, não apenas do cidadão de um ou outro território. No entanto, é com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como contraposição à "desconstrução" operada pelo nazismo, que se inicia a materialização desta universalidade, através da criação de um sistema internacional de proteção e de sistemas regionais complementares, que vieram a inserir os valores da dignidade humana na elaboração constitucional dos estados nacionais.

BOSCO, Nícia. Direito humano econômico e social ao trabalho e a vinculação da administração pública: o caso dos "flanelinhas" de campos do Jordão. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

O Brasil, somente a partir de 1985, com o processo de democratização política, passa a ratificar os principais tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos. A Constituição de 1988 viria impulsionar este movimento, certamente inspirada pelas lutas democráticas do período anterior, consagrando o princípio de prevalência da dignidade da pessoa humana.

1.2 Direitos humanos sociais, econômicos e culturais

Os direitos sociais e econômicos, como mencionado, surgem como demandas da classe operária, a partir da Revolução Industrial. Nesse momento, o movimento socialista concentra a crítica ao individualismo liberal, que prega a abstenção do Estado na política e na economia, como meio para garantir a liberdade dos indivíduos. A crítica sustentava que esta liberdade seria formal, eivada de injustiça social e de miséria econômica.

A Constituição da Comuna de Paris iria introduzir no mundo jurídico o direito social ao trabalho, mas o Constitucionalismo Social, o Estado Social de Direito, surge com a Constituição Mexicana de 1917, que sistematizou o conjunto dos direitos sociais do homem, preconizando a participação do Estado na ordem econômica e social, mas sem romper com o sistema capitalista. Em 1919, também a Constituição de Weimar inseriu, entre os direitos e deveres fundamentais dos alemães, os direitos da pessoa individual, os direitos da vida social, religiosa, educacional e econômica. A idéia fundamental da inclusão dos direitos sociais aos direitos fundamentais seria a garantia de condições mínimas de vida a todos, a igualdade de oportunidades, o princípio da solidariedade.

A partir de 1918, no pós-guerra, observa-se a generalização da inserção dos direitos sociais e econômicos nas constituições, com a previsão da intervenção do Estado para torná-los efetivos. Após o advento do Estado Social de Direito, os direitos políticos, econômicos e sociais sofreram um declínio com o apogeu dos regimes totalitários que culminou na II Guerra Mundial, e somente ao final dela, com a hegemonia da democracia na Europa, serão retomados e generalizados, como paradigma da maioria dos países.

BOSCO, Nícia. Direito humano econômico e social ao trabalho e a vinculação da administração pública: o caso dos "flanelinhas" de campos do Jordão. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Os direitos sociais e econômicos tem como agente passivo o Estado, são direitos de crédito dos indivíduos em relação ao Estado que deve promover sua concretização, por meio de ações positivas.

O direito ao trabalho em condições justas e favoráveis, o direito de assistência e proteção à família, o direito à saúde, o direito à educação e o direitos à participação na vida cultural, fixados no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado em 1992 pelo Brasil, foram reproduzidos no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Protocolo de San Salvador) de 1988, passando a integrar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A Constituição Brasileira de 1988 também incorporou estes direitos como fundamentais e como corolários da dignidade da pessoa humana, adotando a tese da indivisibilidade e interdependência. Nas palavras de José Afonso da Silva:

Mais do que isso, a dignidade da pessoa humana é dotada, ao mesmo tempo, da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica (...). Se é fundamento, é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. (SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Teses da XV Conferência Nacional da OAB: Ética, Democracia e Justiça*, Foz do Iguaçu, set. 1994. In: ALVARENGA, 1998, p. 137)

1.3 Direitos humanos sociais e econômicos na Constituição Federal

Como visto anteriormente, a Constituição da República estabeleceu como princípios fundamentais a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

À dignidade da pessoa humana se submetem dois dos objetivos fundamentais da República, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais. São bases de prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, efetivando a pretendida

BOSCO, Nícia. Direito humano econômico e social ao trabalho e a vinculação da administração pública: o caso dos “flanelinhas” de campos do Jordão. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

dignidade. Isto significa que o Estado deve fornecer condições para que as pessoas se tornem dignas.

Também figura como fundamento da ordem econômica, portanto, uma finalidade pretendida. Assim, toda atividade econômica, pública ou privada, deve promover a existência digna, sob pena de, em não o fazendo, violar o princípio expresso na Constituição. Nas palavras de Bittar:

A quebra da dignidade corresponde à violação da pauta de reivindicações calcadas nos direitos humanos, pois, em verdade, qualquer plano político, qualquer meta governamental, qualquer sistema político tem ampla liberdade de ação, desde que respeitados certos patamares mínimos de condições que façam a máquina governamental e estatal proteger valores mínimos ao desenvolvimento da pessoa humana com dignidade, o que importa dizer, com saúde, trabalho, estrutura social etc. Aliás, os índices e desenvolvimento humano (IDH) aquilatam exatamente o progresso social com base na avaliação do cumprimento e do atendimento a esses valores e bens fundamentais para indivíduos, grupos e coletividades. Portanto, a dignidade da pessoa humana é o parâmetro. (BITTAR, 2004, p. 123)

Além de consignar expressamente direitos fundamentais, a Constituição conferiu aos mesmos eficácia plena e aplicabilidade imediata, nos seguintes termos:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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

§ 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”.

Sobre a efetividade destes princípios, Piovesan leciona:

(...) não obstante este princípio esteja situado topograficamente como parágrafo do art. 5º da Constituição de 1988, que prevê os direitos individuais e coletivos, é objeto de seu alcance, reitere-se, todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental. Afasta-se aqui eventual interpretação restritiva que, baseada em argumentações topográficas, venha a sustentar a incidência deste princípio apenas sobre o aludido art. 5º. A partir de interpretação teleológica do texto, independente da topografia constitucional, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais há de se expandir por todo texto constitucional. Vale dizer: onde se encontre um preceito definidor de direito ou garantia fundamental, estará delineado o campo de incidência do princípio de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. (PIOVESAN, 1995, p.89-90)

A par da aplicabilidade imediata, com entendimento de sua necessária universalização e atualização, na busca pela maior eficácia possível, a Constituição Federal acolheu os dispositivos contidos nas normas internacionais que tratem de direitos humanos, atribuindo-lhes, ainda, natureza de norma constitucional. Assim, conferiu tratamento diferenciado aos tratados relativos aos direitos humanos, adotando, neste caso, a sistemática de incorporação automática, o que não ocorre quando o objeto do tratado for diverso.

A incorporação de um tratado internacional ao ordenamento jurídico nacional configura-se como um ato complexo, que vincula a vontade dos Poderes Executivo e Legislativo para sua conclusão. Compete exclusivamente ao Presidente da República a celebração dos tratados, convenções e atos internacionais (CF, 84, VIII), que devem ser referendados pelo Congresso Nacional (CF, 49, I), que os aprova mediante um Decreto Legislativo, retornando, então para o Poder Executivo para edição do Decreto de Execução.

No caso da incorporação automática, não seria necessária a edição de um ato normativo nacional, o decreto de execução, após a ratificação pelo Congresso Nacional⁸.

⁸ Embora a Constituição Federal não faça referência expressa, a doutrina predominante considera que existe apenas uma sistemática no que tange aos tratados internacionais, que exigiria, para a eficácia no mesmo, após o referendo do Congresso Nacional, a edição de um ato normativo

1.4 Direito humano econômico e social ao trabalho

O direito ao trabalho, como parte dos direitos fundamentais, é objeto do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado em 1992 pelo Brasil, nos seguintes termos:

PREÂMBULO

Os estados-partes no presente Pacto,

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana,

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos,

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana,

Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto, acordam o seguinte: (...)

PARTE II

Art. 2º - 1. Cada estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

2. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

nacional, no caso o decreto de execução, expedido pelo Presidente da República (PIOVESAN, 2000, p. 158)

3. O países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.

Art. 3º - Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto.

Art. 4º - Os estados-partes no presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com o presente Pacto pelo estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática. (...)

Art. 6º - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

2. As medidas que cada estado-parte no presente Pacto tomará, a fim de assegurar o pleno exercício desse direito, deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

A busca do pleno emprego figura também como um dos princípios da ordem econômica e, assim, funciona como limite à liberdade conferida à iniciativa privada no desenvolvimento de sua atividade, impondo um comprometimento com programas de geração de empregos.

Com maior razão, vincula o poder público, aqui entendido em suas diversas esferas, a esta finalidade, tanto no sentido de edição de normas, como na interpretação das existentes, na promoção de políticas públicas e controle da atividade privada. Silva acrescenta:

A busca do pleno emprego é um princípio diretivo da economia que se opõe às políticas recessivas. Pleno emprego é expressão abrangente da utilização, ao máximo grau, de todos os recursos produtivos. Mas aparece, no art. 170, VIII, especialmente no sentido de propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva. Trata-se do pleno emprego da força de trabalho capaz. Ele se harmoniza, assim, com a regra de que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano. Isso impede

que o princípio seja considerado apenas como mera busca quantitativa, em que a economia absorva a força de trabalho disponível, como o consumo absorve mercadorias. Quer-se que o trabalho seja a base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica. (SILVA, 1995, p. 728)

1.5 Interpretação das normas constitucionais de proteção aos direitos humanos

A Constituição, como retrato da vontade popular imposta por um poder constituído, é imperativa e soberana para todos, devendo ser observada pelos entes públicos e privados, pois as ações que a ela se contraponham estarão violando a finalidade a que se propõe o Estado e, também, a legalidade. A norma fundamental é, pois, quem delimita a ação estatal e lhe confere poder para, exatamente, cumprir seus ditames, já que adstrito ao cumprimento desta finalidade constitucionalmente fixada. Da mesma forma, lhe devem respeito, as demais normas infraconstitucionais.

A interpretação das normas constitucionais, por sua vez, deve considerar sua natureza política, bem como a generalidade e abstração que lhe são peculiares, o que exige uma operação de concretização, conferindo maior liberdade de conformação ao aplicador. Nesse ofício, devem ser observados princípios específicos, a saber:

1. O princípio da supremacia constitucional, que exige que todos os atos jurídicos devam ser praticados em conformidade com o mandamento constitucional;
2. O princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, que impõe não apenas uma interpretação conforme a norma constitucional, mas o afastamento de toda interpretação que fuja deste desiderato;
3. O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, que considera o equilíbrio e a ponderação, e reflete-se tanto no princípio da adequação dos meios, isto é, a aptidão do ato ao objetivo pretendido, como no princípio da exigibilidade, que impõe a utilização dos meios menos gravosos, e no princípio da

proporcionalidade, estritamente considerado, que considera a ponderação entre os meios e os fins;

4. O princípio da efetividade, máxima eficiência ou maior efetividade possível, isto é, que seja capaz de produzir os efeitos esperados, devendo, pois, ser interpretada no sentido que lhe dê maior eficácia;

5. O princípio da unidade da Constituição, que impõe uma interpretação sistemática da Carta, harmonizando eventuais conflitos a partir dos princípios fundamentais, ponderando bens e valores.

1.6 Eficácia das normas constitucionais de proteção aos direitos humanos

A eficácia social das normas constitucionais, isto é, a produção dos efeitos preconizados, é o que lhe confere legitimidade.

Entendemos aqui a eficácia como eficácia jurídica, como capacidade para produzir efeitos. Assim, as normas se dividem em operativas, auto-aplicativas ou de eficácia plena, isto é, que independem de legislação infraconstitucional, e as normas não-operativas, de eficácia limitada, que dependem de regulamentação infraconstitucional para adquirir eficácia plena. Haveria, ainda, um terceiro grupo de normas que possuem aplicação imediata, eficácia plena, salvo limitação do legislador (PORT, 2005, p. 66).

Neste último grupo se encontram as chamadas normas programáticas, às quais a doutrina atual confere valores jurídicos na vinculação do legislador, dos órgãos concretizadores e também como limites negativos. Canotilho, inclusive, considera que não se deve mais falar normas programáticas, mas em normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. Em suas palavras:

O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: 'simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. (...) Concretizando melhor, a positividade jurídico-

constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: 1. Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); 2. Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas matérias permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3. Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 184-185. *In* PORT, 2005, p. 70)

No mesmo sentido, Bandeira de Mello:

Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõem sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas –, estão, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la. (Eficácia das normas constitucionais. RDP 57/58:236. *apud* BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 393. *In* ALVARENGA, 1998, p. 115)

2 ÉTICA PÚBLICA

O conceito de Ética (do grego *éthos* = hábito) está vinculado ao comportamento humano, às relações entre os seres humanos. Como hábito, objetiva uma ação. Portanto, a reflexão ética deve fundamentar a ação humana, que, através do poder de deliberação, pode optar por uma ou outra atitude, por construir ou destruir. Neste diapasão, a Ética tem como foco de preocupação o outro, a relação do homem com o seu semelhante, com o objetivo principal de orientar a prática, construindo ações adequadas à realização da convivência social, o bem comum ⁹.

⁹ "Em segundo lugar, a ética não constitui um sistema ideal, que seja nobre na teoria mas que não funcione na prática. O contrário disso está mais próximo da verdade: um juízo ético que não funciona na prática deve igualmente padecer de um defeito teórico, pois o objetivo essencial dos juízos éticos é orientar a prática." (SINGER. *Vida ética*. 2002, p. 25 *in* BITTAR, 2004, p.5)

BOSCO, Nícia. Direito humano econômico e social ao trabalho e a vinculação da administração pública: o caso dos "flanelinhas" de campos do Jordão. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

A Ética, portanto, opera contra o individualismo tão característico do mundo contemporâneo, com promove a expulsão do outro do campo de preocupação, e justifica as exclusões sociais, raciais, étnicas, econômicas e políticas. A atitude filosófica que se orienta para pensar eticamente os problemas do mundo, em verdade, destaca o outro como foco de atenção do pensamento, permitindo ao indivíduo sair de sua dimensão fechada, protetiva, egoísta, para projetar-se em direção à exterioridade, visando refletir acerca das ações que afetam direta ou indiretamente a esfera de atuação, de vida e de existência do outro (BITTAR, 2004) ¹⁰.

A Ética Pública se distingue em face de seu objeto, qual seja, o bem estar coletivo, buscando definir o que é conveniente para a coletividade e construir um modelo moral básico de caráter universal. Dentro dela, a Ética Administrativa é um tipo de ética aplicada e adstrita aos empregados e agentes públicos, que busca estabelecer normas internas de conduta, valores e hábitos para orientar a atividade pública, legitimar e permitir o desenvolvimento desta atividade.

2.1 Dimensão Ética da Administração Pública

A República Federativa do Brasil adota o sistema clássico de repartição dos poderes, que visa impedir a concentração das atividades estatais numa única estrutura organizacional. A fragmentação do poder em diversos organismos autônomos, justifica-se pelas distintas atribuições, no caso, a legislação, atribuição do Poder Legislativo, que consiste na elaboração das normas gerais de organização social e política, a jurisdição, atribuição do Poder Judiciário, que consiste na solução dos litígios, e a administração, atribuição do Poder Executivo, que visa concretizar a satisfação das necessidades dos cidadãos, os interesses coletivos ¹¹.

¹⁰ O conteúdo da concepção de Ética, no entanto, dada a subjetividade do conceito de bem, que ela procuraria realizar, não conta com uma aceitação universal, constituindo uma reflexão permanente de todas as tradições filosóficas. Serrano aponta três formas de tratamento da Ética, a saber, a ética como filosofia, a filosofia da moral que pretende estabelecer a moral universal; a ética científica, o conjunto de conhecimentos teóricos acerca da conduta humana; e a ética aplicada, uma disciplina de aplicação dos conceitos teóricos (SERRANO, 2007).

¹¹ Justen Filho, apoiado na moderna doutrina do Direito Administrativo, considera a existência de cinco poderes distintos no Brasil, acrescentando aos já analisados, o Ministério Público e o

Estas atribuições específicas são exercitadas de forma preponderante, mas não exclusiva. Assim, os Poderes Legislativo e Judiciário exercem funções administrativas, quanto à organização de sua estrutura interna. O Poder Legislativo exerce função judicial, dada a competência para processar e julgar o Presidente e Vice-Presidente da República, no caso de crimes de responsabilidade. O Poder Judiciário também exerce função legislativa, quanto se permite a iniciativa de leis.

O Poder Executivo, por sua vez, além das atribuições que lhe são próprias, quais sejam, as funções administrativas, detém o poder da iniciativa legislativa e de veto, pode editar regulamentos e, no âmbito federal, medidas provisórias. Pode, ainda, compor litígios, através de processos administrativos.

Embora fragmentado em suas atribuições específicas, o Poder do Estado está unificado em uma finalidade ética, constitucionalmente definida, e que lhes dá legitimidade, qual seja, a materialização do bem comum, aqui definido como promoção da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, o Poder Executivo, dadas as suas atribuições e recursos, figura como meio fundamental de concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos. Sua atividade está destinada a bem servir o povo, destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado. Cabe à Administração Pública, portanto, promover a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos¹², como saúde, educação, habitação e emprego, através da execução dos serviços públicos ou da elaboração de políticas públicas adequadas.

O motivo e a finalidade da Administração Pública é, portanto, garantir o bem-estar da coletividade e, sobretudo, a convivência humana. A Ética Administrativa se materializa, assim, na destinação dos recursos públicos, tanto humanos como

Tribunal de Contas, que recebem tratamento diferenciado pela Constituição Federal, com atribuições específicas e autonomia organizacional, embora, formalmente, os considere órgão auxiliares dos Poderes Judiciário e Legislativo, respectivamente.

¹² "A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional". (JUSTEN FILHO, 2005, p. 29)

BOSCO, Nícia. Direito humano econômico e social ao trabalho e a vinculação da administração pública: o caso dos "flanelinhas" de campos do Jordão. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

econômicos, de forma planejada, conveniente e eficiente, para a promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos (SERRANO, 2007).

2.2 Ética, moralidade e legalidade no Direito Administrativo

O Direito Administrativo, ramo do direito público interno, é um "conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta e imediatamente os fins desejados pelo Estado" (SERRANO, 2007, p. 28). A finalidade do Estado, como visto, tem um conteúdo ético, que consiste em promover o bem-estar e a convivência da coletividade.

Nesse contexto, a Constituição Federal estabeleceu dois princípios da Administração Pública, ambos pressupostos da validade do ato administrativo, quais sejam, a moralidade administrativa, que trata da relação entre os motivos e os objetivos da atividade, e a legalidade, esta adstrita à relação entre o ato e o dispositivo jurídico que o tutela. No entanto, como princípio constitucional e, portanto, norma positivada, a moralidade administrativa também é pressuposto da legalidade, e opera como limite ao excesso de poder, permitindo a anulação das ações que operam contra a moral e não somente contra a lei.

A moralidade administrativa também encontra fundamento nos demais princípios constitucionais, notadamente, a dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III, 226, § 7º), liberdade e livre iniciativa (CF, 1º, IV, 5º e 170), justiça e solidariedade (CF, 3º), isonomia (CF, 5º), legalidade (CF, 5º, II), direito à vida (CF, 5º, XLVII, 84, XIX), direito à honra e à imagem (CF, 5º, X), direito de informar, de se informar e de ser informado (CF, 5º, IV, V, X, XIII, XIV, 220, § 1º).

Quando se atém à conduta interna e adequada da Administração, a moralidade também incorpora os princípios básicos da mesma: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança pública, motivação e supremacia do interesse público.

O conteúdo da moralidade administrativa, portanto, é a finalidade do Estado e determina que as condutas da Administração Pública estejam vinculadas ao conjunto de valores que concretizam o bem comum, num determinado contexto sócio-cultural e histórico ¹³, hoje definido como direito à vida, a dignidade da pessoa humana, ou seja, a cidadania. Determina, ainda, que estas finalidades devem ser alcançadas através da honestidade, da transparência e da democracia. Por outro lado, a moralidade tem um sentido prático, de eficiência e conveniência para atingir estes fins sociais, buscando, ao mesmo tempo, afastar a arbitrariedade, a insegurança jurídica, a politização da gestão e a discriminação (SERRANO, 2007).

2.3 Justiça Social, Ética Administrativa e Políticas Públicas

A Justiça está relacionada à idéia de igualdade, mais precisamente, de um tratamento proporcional. A Justiça Social, no entanto, estaria relacionada com a criação de condições que permitam a convivência social, que promova a dignidade da pessoa humana, a partir de que o homem tenha domínio sobre o corpo e a vida, e, para isso, além dos direitos políticos, tenha acesso a um salário condizente para promover a própria vida, o direito à educação, à saúde, à habitação, ao lazer.

A função administrativa, em sua dimensão ética, estaria, assim, vinculada à concretização da Justiça Social, tendo como tarefa a atuação positiva no sentido de dar cumprimento aos mandamentos constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana. E isto, no caso dos direitos sociais, implica na obrigatoriedade de criação de condições materiais para concretização dos direitos fundamentais (PORT, 2005, p. 213).

¹³ Aqui, novamente, a impossibilidade de haver um conceito sobre o bem que seja universalmente aceito, dificultando o estabelecimento de regras básicas de conduta da Administração Pública. Serrano registra a necessidade de analisar os fenômenos e seus contextos para apontar valores e princípios para que se estabeleça um caminho realista para a melhora da vida social. Esta elaboração partiria de uma postura filosófica, exigindo uma reflexão sobre a influência de fatores sociais, políticos, culturais e institucionais que orientam o serviço público e venham a contribuir com a realização dos objetivos da administração, a saber, satisfação da necessidade do usuário, priorizar um clima interno de cooperação e permitir a obtenção de recursos necessários (SERRANO, 2007).

Com efeito, a positivação dos direitos sociais e econômicos confere à Administração um caráter prestacionista, devendo intervir na sociedade de maneira organizada e planejada para a efetivação destes direitos. A esta atividade tem se atribuído o nome de políticas públicas ¹⁴.

Portanto, a concretização dos direitos sociais figura como limite à margem de liberdade dada ao administrador, de sua discricionariedade ¹⁵. Na verdade, como princípio que norteia todo o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana dirige a ação do administrador, tanto na interpretação e regulamentação das normas, como no momento de planejamento e execução dos serviços públicos e das políticas públicas, sempre observando os princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, na busca de concretização daquela finalidade estatal e impedindo qualquer alteração que venha a restringir o exercício de direitos sociais já disponibilizados para os cidadãos.

A discricionariedade, admitida a partir destes princípios norteadores da atividade estatal, não autoriza a opção pela promoção ou não dos direitos sociais, mas somente concede a oportunidade de escolha entre duas ou mais formas de agir que satisfazem de forma igualitária ao interesse público contido na norma ¹⁶. Aqui se dois caminhos que tenham o mesmo resultado, pois se forem diferentes, deve ser adotado o meio mais eficaz.

No entanto, a obrigação do Estado na efetivação destes direitos encontra limite na chamada reserva do possível, um limite material, econômico para a efetivação

¹⁴ "Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são 'metas coletivas conscientes' e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato." (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 2002, p. 241, *apud* BITTAR, 2004, p. 60)

¹⁵ "Se as políticas públicas representam instrumentos para o cumprimento das tarefas e programas constitucionais, bem como instituem novas diretrizes e metas, todas de caráter cogente para o administrador, não há como deixar de reconhecer que o grau de discricionariedade de que dispõe o Poder Executivo, na implantação das políticas públicas que visam a dar efetividade aos direitos sociais, é limitado." (PORT, 2005, p. 216)

¹⁶ "A discricionariedade que pode ser reservada ao administrador não se refere ao 'se', nem ao 'quando' da implementação das políticas públicas, mas tão-somente ao 'como', vale dizer, à forma, meio ou maneira pelas quais serão implementadas as políticas públicas." (PORT, 2005, p. 216)

dos direitos. Mas este argumento somente será válido se pautado por uma investigação acerca da efetiva escassez de recursos e os motivos que levaram a ela, isto é, mediante a análise da destinação dos recursos públicos, da averiguação de foram dirigidos com prioridade para atender à sua finalidade social.

A escassez de recursos, no entanto, não pode ser admitida como obstáculo permanente. Ainda que estes sejam insuficientes para satisfação da demanda social, isto não impede que os existentes sejam utilizados para introduzir os programas necessários, com vistas a sua consecução. Ou seja, é necessário o planejamento, a implantação das condições necessárias para atingir o objetivo.

Sob a ótica da atividade judicante, a fixação dos direitos sociais e econômicos como direitos subjetivos públicos, além da inconstitucionalidade das normas que não realizam o conteúdo mínimo do direito fundamental, enseja a possibilidade da inconstitucionalidade por omissão diante da inércia estatal quanto a criar as condições necessárias para sua efetivação.

O Poder Judiciário, inclusive, têm admitido a legitimidade para o controle da implantação das políticas públicas, atestando o entendimento de que a discricionariedade do administrador público esta limitada pela finalidade social da lei. Nesse sentido, a decisão do Ministro Celso de Mello:

ADPF – Políticas Públicas – Intervenção Judicial – 'Reserva do Possível' (Transcrições ADPF mc/df*, re. Min. Celso de Mello, ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao STF. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

3 O CASO DOS "FLANELINHAS" DE CAMPOS DO JORDÃO

A cidade de Campos do Jordão, localizada no estado de São Paulo, a 190 quilômetros da capital, é uma estância climática, famosa pelas baixas temperaturas. É visitada por uma população flutuante de grande poder econômico, sobretudo no período de inverno, quando promove o principal festival de música erudita do país.

Com cerca de 40.000 habitantes, caracteriza-se pelos baixos índices de emprego formal (0,215) e pela desigualdade social (0,185), que são acompanhadas pela violência urbana (0,946) e pela exclusão social (0,573) (POCHMANN e AMORIM (orgs.), 2003, p. 103).

Esta população carente encontra no setor de turismo e hotelaria, bem como no comércio voltado para os visitantes e no emprego doméstico em casas de campo, a principal fonte de trabalho e renda. Com o trabalho limitado pela temporada turística, a população encontra dificuldade em realizar o direito fundamental ao trabalho, e, como conseqüência, a dignidade da pessoa humana.

Assim, no ano de 2002, os guardadores de veículos automotores, que antes realizavam esta atividade de forma dispersa, fundaram uma associação, que, no ano de 2007, contava com cerca de 120 associados, todos afastados do mercado formal de trabalho e muitos com idade avançada. O objetivo primordial desta associação civil era a legalização da atividade, de forma a garantir a fonte de sustento dos seus membros. Para tanto, comprometiam-se em atender as orientações dos poderes constituídos, inclusive quanto às áreas de atuação, organizar a atividade com vistas à segurança da população, e promover a educação para o trabalho, com o desenvolvimento de um programa específico para a função, como estabelecido no estatuto da entidade:

Art. 2º - Tem por objetivo a guarda de veículos automotores no município de Campos do Jordão, delimitadas e respeitadas as áreas de atuação, bem como de colaborar com a sociedade para desenvolver o programa de guardadores de veículo automotores, podendo desenvolver formas de arrecadação de fundos, bens e sua aplicabilidade, responsabilidades de seus membros e demais providências para os fins destes objetivos.

Art. 3º - Para consecução de seus objetivos a Associação poderá: (...)

b) Assessorar, organizar, classificar e distribuir ordenamentos aos pontos de trabalho, dentro das áreas (*sic*) delimitadas; (...)

d) A Associação está de acordo em receber apoio e orientação dos seguintes órgãos: (...)

- Polícia Militar

- Polícia Civil

- Ministério Público.

Com a regulamentação pretendida, a população poderia gozar de efetiva segurança para seus veículos, dada a responsabilidade assumida pela Associação, a organização do trabalho e a formação dos guardadores, ao mesmo tempo que haveria uma redução do desemprego, o que também iria contribuir para a redução da violência urbana¹⁷. O Poder Público, por sua vez, além de garantir melhor qualidade de vida para estes trabalhadores e suas famílias, ainda iria se beneficiar com o recolhimento das contribuições fiscais e previdenciárias.

Ocorre que, no ano de 2007, a Prefeitura Municipal com vistas a aumentar a arrecadação de tributos, introduziu o sistema de estacionamento rotativo, utilizando-se de parquímetros, onde os moradores e visitantes devem recolher uma tarifa para estacionar veículos nas vias públicas.

Em que pese a diferença de atribuição, pois os parquímetros não tem a função de guarda e segurança dos veículos, diante da obrigação de recolher as tarifas, os usuários acabam dispensando a contratação dos guardadores de carros, que se viram afastados de sua única fonte de sustento.

3.1 O direito ao trabalho

Como visto anteriormente, a Constituição da República estabeleceu como princípios fundamentais a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Consignou, ainda, em seu artigo quinto, a inviolabilidade do direito à vida, a aplicabilidade imediata das normas definidoras

¹⁷ 'O desemprego e a precarização das formas de inserção do cidadão no mercado de trabalho são as fontes 'modernas' de geração da exclusão, tendo como subproduto a explosão da violência urbana e a vulnerabilidade juvenil, acentuadas pela maior flexibilidade ocupacional e dos níveis de renda'. (CAMPOS, 2004, p. 49)

dos direitos e garantias fundamentais e a condição de emendas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional. Assim, o direito ao trabalho, a possibilidade de sustento mediante o trabalho, objeto do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que foi ratificado pelo Brasil, figura como garantia fundamental e insere-se no ordenamento pátrio como norma constitucional. E nem poderia ser diferente, pois na sociedade atual, em que o homem vive do seu trabalho, o acesso a este e o direito de exercê-lo são pressupostos da dignidade e do desenvolvimento da personalidade, portando inclusos no conteúdo dos direitos fundamentais.

Como direito fundamental, portanto, o direito ao trabalho possui força vinculante de todas as demais normas e seu núcleo essencial, fixado pela Constituição Federal é a dignidade da pessoa humana, que deve ser observado não apenas pela União e os Estados, mas também pelos Municípios. E, sobretudo, figura como limite à discricionariedade da administração pública, que deve observar o princípio da maior eficácia possível.

Há que ressaltar que, no caso presente, sequer haveria argumentos contrários à efetividade da norma, quer seja em face de hipotético conflito entre normas fundamentais, no caso inexistente, quer seja em face da reserva do possível, isto é, da viabilidade econômica das medidas assecuratórias do exercício dos direitos sociais, pois não se verifica qualquer ônus social ou econômico que inviabilize a manutenção do trabalho dos guardadores de carro. Ainda que se considere a redução dos recolhimentos do Município, o limite da chamada reserva do possível não pode ser admitido como um obstáculo permanente à efetivação dos direitos sociais, senão como uma determinação, dirigida tanto ao legislador como ao administrador, para adoção de programas que visem a implantação das condições necessárias para promoção dos mesmos.

Até porque, a fixação dos direitos sociais e econômicos como direitos subjetivos públicos, enseja a possibilidade da inconstitucionalidade por omissão diante da inércia estatal quanto a criar as condições necessárias para sua efetivação, bem

como a inconstitucionalidade das normas que não realizam o conteúdo mínimo do direito fundamental.

3.2 A política pública de desemprego

Cumprido, por fim, registrar que o Município sequer considerou a possibilidade de convênio entre a Administração Pública e os guardadores de veículos, prevista no vetusto Decreto n.º 79.797/77, que regulamenta o exercício das profissões de guardador e lavador autônomo de veículos automotores, e dispõe:

Art. 3º. O guardador de veículos automotores atuará em áreas externas públicas, destinadas a estacionamentos, competindo-lhe orientar ou efetuar o encostamento e desencostamento de veículos nas vagas existentes, predeterminadas ou marcadas. (...)

§ 3º. Durante o período de estacionamento o veículo, seus acessórios, peças e objetos comprovadamente deixados no seu interior, ficarão sob a vigilância do guardador de veículos automotores. (...)

Art. 5º. Nos estacionamentos em logradouros públicos explorados pelos órgãos públicos, municipalidade ou entidades estatais, só poderão estes utilizar os serviços de guardadores e lavadores autônomos de veículos automotores, mediante autorização especial das Delegacias Regionais do Trabalho, ou demais órgãos por elas credenciados nos termos do artigo 1º e observadas as condições estabelecidas em ato do Ministro do Trabalho.

Parágrafo único. A autorização prevista neste artigo, quanto concedida, levará em conta que seja assegurado percentual sobre o valor total cobrado dos usuários e destinado:

- a) a pagamento dos serviços prestados pelos guardadores e lavadores autônomos de veículos automotores;
- b) à remuneração dos serviços administrativos do sindicato, cooperativa, ou associação, onde houver, relativos à seleção dos profissionais, organização de turnos e escalas de rodízio, fiscalização, folhas de pagamento e outros necessários às obrigações decorrentes da autorização, não excedentes de 10% (dez por cento) do valor total cobrado dos usuários;
- c) à remuneração do órgão público, municipalidade ou empresa estatal, pela manutenção, sinalização e marcação das áreas de estacionamento e não excedente de 20% (vinte por cento) do valor total cobrado do usuário.

Art. 6º. Os guardadores e lavadores de veículos automotores deverão possuir Cartão de Identificação fornecido pelo sindicato, cooperativa ou associação, onde houver, para exibição ao usuário e à fiscalização dos órgãos públicos e Sindicatos. (...)

Portanto, ao dificultar o acesso ao trabalho remunerado de parte da população, a Administração Pública Municipal atua de forma contrária aos princípios constitucionais e internacionais que tratam dos direitos sociais e promove verdadeira política pública de desemprego. Desta forma, além de aumentar o abismo social existente na cidade, compromete a própria vida destes cidadãos que, em face da falta de habilitação, da idade avançada e da conjuntura econômica, dificilmente alcançaram colocação no mercado de trabalho. E neste diapasão, acaba por promover ou recrudescer a exclusão social, como ensina Bittar:

Numa sociedade marcadamente influenciada pelo ideal do capital (lucro como meta de vida), pelo valor do material (ter no lugar de ser), pela dimensão da vantagem pessoal na organização das relações humanas (reificação das relações interpessoais), sem dúvida alguma será o despossuído a nova figura a ser demonizada. Então, o despossuído será o desviante, por não ter condições de estar incluído nas múltiplas dimensões da vida socioeconômica contemporânea, carecendo de acesso ao emprego, a condições dignas de vida, informação e participação nas decisões sociais. Estar fora do mercado é o decreto suficiente dado pela sociedade para o princípio do processo de degradação da pessoa humana, nisso envolvido seu esquecimento, seu desprezo, a diminuição de sua liberdade, a castração de seu acesso a bens etc. Estar fora do mercado é sinônimo de estar fora da dimensão de inclusão social e, portanto, tornar-se um convidado a participar da divisão do bandeirão da miséria social, do refúgio do que a própria sociedade é capaz de produzir, exatamente porque é incapaz de distribuir adequadamente. (BITTAR, 2004, p.23)

Neste caso, o Poder Público Municipal opera de forma contrária ao mandamento constitucional. Primeiramente, por omissão, por não haver qualquer política pública de promoção do pleno emprego. Mas, também, por comissão, ao dificultar, senão que impedir o desenvolvimento de um tipo de trabalho pela população de baixa renda.

Opera ainda de forma contrário aos princípios éticos e de um Estado Democrático, pois ainda que esta ação administrativa estivesse pautado por um outro bem social, a restrição ao trabalho da população carente, sobretudo diante dos baixos índices de qualidade de vida, não poderia ser adotada sem a prévia discussão com a comunidade, a fiscalização do Ministério Público, dado seu papel

de defensor dos direitos sociais indisponíveis, com vistas a uma deliberação coletiva e na busca de alternativas para o problema.

Em qualquer hipótese, no entanto, a determinação que impeça parte da população, sobretudo a de baixa renda, de ter acesso ao trabalho remunerado, não poderia ser adotada sem a garantia de uma nova forma de remuneração ou recolocação no mercado de trabalho.

CONCLUSÃO

A moderna concepção de direitos humanos, como promoção da dignidade da pessoa humana, se propõe como referencial ético para a sociedade. Portanto, um referencial de preocupação com o outro e que pressupõe uma prática. Fixados como parâmetros sociais, políticos e econômicos pela Carta Constitucional, os direitos humanos exigem uma atitude permanente de busca por sua realização, tanto pelo Estado, como pelos particulares, e no sentido de sua interdependência, isto é não há como realizar direitos políticos sem realizar os econômicos e sociais. Aqui visualizamos sua função de informar a elaboração, a interpretação e a aplicação das leis, portanto, de impor sua realização.

O Poder Público tem sua atividade adstrita aos ditames legais. À medida que as normas adotam o referencial da efetivação dos direitos humanos, a ação dos entes estatais passa a estar vinculada à satisfação destes direitos. Este vínculo entre a ação estatal e sua finalidade cria um limite legal e moral à discricionariedade. Numa conjuntura de graves problemas sociais, a Administração Pública tem o dever de agir e qualquer impossibilidade econômica ou política, ainda que comprovadamente existente, não pode mais ser entendida como obstáculo permanente, mas como mais um obstáculo a ser ultrapassado, mediante a elaboração e consecução de políticas públicas.

Tendo o dever de agir em favor da realização dos direitos humanos, com mais razão a administração não pode restringir os direitos que já estão sendo exercitados. No caso que analisamos, dos guardadores de veículos automotores

de Campos de Jordão, o Município restringiu o direito desta população carente de "ganhar a vida mediante um trabalho", como preconizado pelo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. E, ainda, sem qualquer contrapartida que garantisse uma outra forma, igual ou melhor, de trabalho. O paradigma ético, a preocupação com a pessoa humana, a finalidade estatal, não foram observados. Estamos, portanto, diante de um ato administrativo ilegal e imoral, uma verdadeira política pública de desemprego.

É importante registrar que mesmo sob o enfoque da arrecadação fiscal que, em tese seria revertida para a atividade pública e a satisfação do interesse coletivo, não se vislumbra qualquer argumento válido para restringir o direito ao trabalho. Isto porque, o trabalho remunerado é uma forma de diminuir a necessidade de assistência social e, portanto, dos gastos do Estado, além de também figurar como fonte de arrecadação.

O Município, ao assim agir, acaba por lançar mais estes trabalhadores na dependência dos recursos públicos para sua sobrevivência. Além do custo econômico, esta ação leva ao aumento da exclusão social, tanto no sentido econômico, pois afasta do cidadão a possibilidade de atingir condições dignas de vida, mas também no sentido social e político. Desempregado, o trabalhador não contribui com o desenvolvimento social e econômico da forma que a sociedade exige, e assim se fecham todos os acessos de participação política. Como dependente do Estado e incapaz de sustentar sua existência, passa a ser uma presa fácil das elites encasteladas no poder.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza**: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. 248 p.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Edipro, 2002. 287 p.

ARRUDA, José Jobson de A. **História Moderna e Contemporânea**. São Paulo: Ática, 1974. 469 p.

BOSCO, Nícia. Direito humano econômico e social ao trabalho e a vinculação da administração pública: o caso dos "flanelinhas" de campos do Jordão. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BITTAR, Eduardo C. B. **Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2004. 268 p.

CAMPOS, André et al. (orgs.). **Atlas da Exclusão Social no Brasil**, 2ª ed., vol. 2. São Paulo: Cortez, 2004. 167 p.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996. 168 p.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005. 140 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. 863 p.

MELO, Mônica de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos nos direitos civis e políticos**. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (orgs.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, cap. VII. p. 309-356.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **A percepção dos direitos humanos sob o prisma social e acadêmico na atualidade**. In: _____; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira Nascimento (orgs.). *O Direito e a Ética na sociedade contemporânea*. Campinas: Alínea, 2006, cap. 2. p. 25-37.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. In: _____ (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006, v. I, parte I. p. 15-37.

_____. **A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. In: GOMES, Luiz Flávio; _____ (orgs.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, cap. V. p. 153-179.

_____. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: RT, 1995. p.89-90.

POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo (orgs.). **Atlas da Exclusão Social no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2003. 222 p.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da Administração Pública**. São Paulo: RCS, 2005. 228 p.

RAMPAZZO, Lino. **Metodologia Científica**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2005. 141 p.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Direitos Humanos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. 123 p.

BOSCO, Nícia. Direito humano econômico e social ao trabalho e a vinculação da administração pública: o caso dos "flanelinhas" de campos do jordão. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

SERRANO, Pablo Jiménez. **Tratado de Ética Pública: Curso de Ética Administrativa**. São Paulo: Jurismestre, 2007. 150 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 820 p.

SILVA, Marilucia Flenik da. **Os direitos humanos como fundamento ético para a construção de uma nova cidadania, à luz do pensamento arendtiano**. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006, v. I, parte I. p. 76-101.