

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS – GRADUAÇÃO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E
DESENVOLVIMENTO

**A IMPOSSIBILIDADE DE EXPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL
RURAL PRODUTIVO NOS CASOS DE TRABALHO ESCRAVO
OU EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS NO BRASIL**

MÁRCIO ROBERTO JORGE FILHO

GOIÂNIA-GO
AGOSTO/2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS – GRADUAÇÃO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E
DESENVOLVIMENTO

**A IMPOSSIBILIDADE DE EXPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL
RURAL PRODUTIVO NOS CASOS DE TRABALHO ESCRAVO
OU EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS NO BRASIL**

Dissertação apresentada no curso de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Falconi.

GOIÂNIA-GO
AGOSTO/2010

J82i Jorge Filho, Márcio Roberto.

A impossibilidade de expropriação do imóvel rural produtivo nos casos de trabalho escravo ou em condições análogas no Brasil / Márcio Roberto Jorge Filho. – 2010.

132 f.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2010.

“Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Falconi”.

1. Trabalho escravo – propriedade rural – direitos fundamentais – Brasil. 2. Propriedade privada – imóvel rural – trabalho escravo – expropriação. I. Falconi, Luiz Carlos. II. Título.

CDU: 349.412.26:336(81)(043.3)
349.2

A IMPOSSIBILIDADE DE EXPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL RURAL PRODUTIVO NOS
CASOS DE TRABALHO ESCRAVO OU EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS NO BRASIL

MÁRCIO ROBERTO JORGE FILHO

BANCA EXAMINADORA

1) Prof. Dr. Luiz Carlos Falconi/UCG (Presidente): _____

2) Prof. Dr. Germano Campos Silva/UCG (Membro): _____

3) Prof. Dr. João da Cruz Gonçalves Neto/UFG (Membro): _____

RESUMO

No Brasil é comum encontrar em imóveis rurais a utilização de mão de obra escrava ou em condições análogas à escravidão, por isso o estudo desta questão se mostra atual e necessário. É verdade que não se aceita a utilização de trabalho escravo ou em condições análogas em qualquer hipótese, pois a liberdade está inserida dentro do núcleo central de direitos humanos, que representa um conjunto mínimo de direitos para viver dignamente. Realmente, o Estado deve exercer um papel ativo como garantidor da efetividade da liberdade e dignidade dos trabalhadores, entretanto, é preciso esclarecer que os meios e instrumentos de intervenção na sociedade não podem ser utilizados de maneira arbitrária e em descompasso com o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido o desenvolvimento desta dissertação se desenvolve, analisando a efetividade dos meios de intervenção do Estado na propriedade privada sob o ponto de vista da colisão do Direito Fundamental à Liberdade e o Direito Fundamental à Propriedade Privada.

Palavras chaves: Trabalho rural escravo; trabalho análogos a escravo; propriedade privada; colisão de direitos fundamentais.

ABSTRACT

In Brazil it is common find in the farms the presence of slave labor or same kind of very debasing conditions, that why the study of this question is actual and necessary. Of course we don't accept slave labor or same kind of very debasing conditions, because freedom is included in the core of the human rights, which represents the minimal conjunct of rights for a honorable live. With this ratiocination, the State must interfere in the society in order to guarantee the dignity and the liberty of the rural workers, whoever the instruments to active the objective should be used in harmony whit the fundamental property right. This is the way that this monograph develops, analyzing the effectiveness of the instruments of intervention in property, the collision of liberty and the property.

Key words: Slave labor or same kind of very debasing conditions, property, collision of fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
I – O DIREITO DE PROPRIEDADE INTERPRETADO SOB O ENFOQUE DA HERMENÊUTICA MODERNA – A FUNÇÃO SOCIAL	13
1 – Breve Relato Histórico	14
2 – A Propriedade Privada no Histórico Constitucional Brasileiro.....	21
3 – A Propriedade e a Atual Ordem Constitucional	26
4 – A Constitucionalização do Direito de Propriedade	31
II – RELAÇÕES TRABALHISTAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NÚCLEO DURO DE DIREITOS HUMANOS LABORAIS.....	44
1 – Conceito, Princípios e Formação Histórica do Direito do Trabalho.....	45
2 – Características, Fontes e Hierarquia Normativa do Direito do Trabalho	56
3 – Organização Internacional do Trabalho	63
4 – Núcleo Rígido de Direitos Humanos Laborais	67
5 – O Conceito Legal de Trabalho escravo.....	73
6 – A eficácia do núcleo rígido de Direitos Humanos Laborais no ordenamento jurídico interno do Brasil.....	75
III – A INTERVENÇÃO ESTATAL NA PROPRIEDADE RURAL PRODUTIVA COMO FORMA DE PROMOÇÃO DO NÚCLEO RÍGIDO DOS DIREITOS HUMANOS LABORAIS – O CONFISCO	81
1 – As Formas de Intervenção do Estado na Propriedade	83
2 – A Desapropriação de Imóvel Rural produtivo	91
3 – A Intervenção Confiscatória nos Imóveis Rurais produtivos que não respeitam o núcleo duro de direitos humanos laborais	107
CONCLUSÃO	125
REFERÊNCIAS	129

INTRODUÇÃO

O **tema** abordado na pesquisa é o desafio da intervenção estatal na propriedade privada nos caso de trabalho escravo, ou em condições análogas no Brasil.

Justifica-se o tema em razão da atualidade desta discussão, pois as atuais políticas públicas estão voltadas para a tutela do hipossuficiente, proporcionando inclusão social e mobilidade social. Neste sentido, o princípio da dignidade do ser humano está no centro de qualquer debate.

Daí a **importância** do tema, sendo preciso pesquisar se há no ordenamento jurídico algum instrumento de intervenção estatal na propriedade privada como forma de garantir a dignidade e liberdade do trabalho rural.

O **problema** deste trabalho centra-se, fundamentalmente, no estudo de como o ordenamento jurídico pátrio oferece proteção aos trabalhadores rurais que são obrigados a disponibilizar sua energia vital em forma de trabalho escravo, ou em condições análogas.

A problemática também se justifica por representar o grau máximo de desrespeito praticado por um ser humano contra outro ser humano. Além do evidente desprestígio à moralidade e à fraternidade, esta situação fática é também um evidente menosprezo aos Direitos Humanos dos trabalhadores.

O trabalho prevê a **hipótese** de existirem instrumentos jurídicos que coíbam a utilização de trabalho escravo nos imóveis rurais, nesta situação os institutos devem ser estudados do ponto de vista pragmático. Há também a hipótese do trabalho concluir pela inexistência de institutos voltados para defender o trabalhador contra práticas escravagistas, neste caso o estudo propõe alternativas para resolver este impasse.

Quanto à **delimitação do tema**, utiliza-se uma abordagem interdisciplinar, com enfoque no Direito Constitucional, voltado para os estudos dos direitos sociais do trabalhador, no ramo do Direito Civil há o estudo do direito de propriedade produtiva sob o ponto de vista privado na seara do Direito Administrativo são estudados os institutos de intervenção do estado na propriedade, já no Direito Agrário são pesquisados os princípios próprios que norteiam a relação homem e terra e no Direito do Trabalho o estudo se dedica a analisar o conjunto de normas protetivas básicas do trabalhador.

Dada a relevância da temática proposta e da urgente necessidade de buscar no ordenamento jurídico resposta efetiva à questão levantada, é premente a análise de todos os institutos jurídicos envolvidos no embate.

Surgem, muito claramente, dois grupos de direitos que se contrapõem e compõem a problemática desta dissertação. De um lado, há o direito de propriedade e a livre iniciativa e de outro lado, há o direito de liberdade e de vida do obreiro.

Para alcançar resposta para o problema proposto, o trabalho possui como **objetivo geral** verificar a possível existência de instrumentos legislativos que confirmam ao Estado a legitimidade de intervir na propriedade privada, sob o fundamento de oferecer proteção ao trabalhador que está laborando em regime de escravidão ou condições análogas.

Com o estudo interdisciplinar do Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Agrário, o objetivo específico desta pesquisa científica tem os seguintes objetos:

Analisar o *status* dos diplomas normativos que regulamentam o direito de propriedade, avaliando a função deste direito no contexto do contrato de trabalho.

O estudo do Direito Constitucional é fundamental para aferir a quem interessa o direito de propriedade. As normas constitucionais conferem sólido alicerce para indagar se a propriedade privada interessa apenas aos anseios do proprietário ou, mesmo que de

maneira difusa, permite que certos efeitos transbordem para além do indivíduo dono do imóvel rural.

Com importantes referências ao direito constitucional, nota-se que o direito de propriedade sofreu não apenas uma publicização, mas, e acima de tudo, experimentou a migração da respectiva compreensão para o bojo do Direito Constitucional. Por isso, o estudo da propriedade privada deve, necessariamente, abranger a compreensão da respectiva função social.

Ainda quanto aos **objetivos específicos**, é fundamental proceder uma interpretação interdisciplinar da propriedade privada com a relação trabalhista, pois o estudo e análise dos atos normativos que tratam da relação de emprego são relevantes para o tema.

A compreensão da visão da Organização Internacional do Trabalho sobre o tema é importante para compreender os esforços doutrinários ao redor do planeta para combater a prática das relações escravagistas.

No campo do direito internacional do trabalho, é necessário examinar a existência de um conjunto normativo voltado para a tutela e coação desta modalidade de trabalho degradante e a possibilidade de unir as legislações dos países ao redor de tão importante questão.

Além de investigar o direito internacional, é preciso examinar no ordenamento jurídico interno o *status* do ato normativo que protege a saúde, a dignidade e a liberdade do trabalhador.

Com o estudo dos opostos interesses, de um lado o direito do empregador e de outro o empregado, é possível mensurá-los e verificar como o Estado consegue equilibrá-los.

Para tanto, é preciso investigar quais são os instrumentos de intervenção do Estado na propriedade privada. A efetividade de tais investidas do Estado na propriedade privada deve ser averiguada, até que se chegue à conclusão sobre a existência, ou não,

de alguma modalidade que tenha objetivo específico de constranger o proprietário de imóvel rural a não manter trabalho escravo ou em condições análogas.

Inclusive as formas de intervenção mais invasivas de interferência estatal, como a desapropriação e o confisco, que são formas de expropriação da propriedade particular, são consideradas e colocadas em interdisciplinaridade com outros ramos do direito brasileiro.

Após apresentar os objetivos específicos da pesquisa, fica clara a principal **motivação** para sua efetivação, que é a constante busca pela ampliação do conjunto de direitos mínimos dos trabalhadores rurais em face da tradicional estrutura liberal do ordenamento jurídico brasileiro.

O **método** utilizado ao longo da pesquisa, quanto à abordagem, é o método hipotético dedutivo, adotando como hipótese a aplicação dos Direitos Humanos nas relações empregatícias no meio rural como instrumento capaz de conferir maior proteção aos rurícolas, aumentando o rol de medidas protetivas. Estes direitos e interesses que se opõem devem ser considerados a partir dos seguros marcos teóricos propostos para este enfrentamento.

O primeiro **marco teórico** utilizado concerne à concepção tridimensional do direito, proposta pelo jurista Miguel Reale, que entende que o ordenamento jurídico deve ser compreendido pelo trinômio fato – valor – norma.

No caso em estudo, a tridimensionalidade do direito permite sopesar a problemática exposta levando em consideração que o conjunto normativo brasileiro deve ser interpretado de maneira axiológica e teleologicamente harmônica com o grave fato de que vários indivíduos são, quotidianamente, aviltados da respectiva dignidade.

O segundo marco teórico utilizado é a Teoria da Ponderação de Paulo Bonavides e o estudo da Colisão de Direitos Fundamentais proposto por JJ Canotilho. Ambos representam substrato teórico seguro para auxiliar no estudo do aparente choque de direitos que é enfrentado por este trabalho.

Em relação à **estrutura**, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, é analisado o direito de propriedade, principalmente a evolução e a inserção do instituto da Carta Constitucional. São destinados argumentos sobre a constitucionalização do direito de propriedade e os reflexos hermenêuticos e pragmáticos sobre o instituto.

O segundo capítulo é dedicado às relações trabalhistas, sob o ponto de vista histórico, do Direito Internacional do Trabalho e dos Direitos Humanos. Neste capítulo é analisada a visão doutrinária acerca da existência de um conjunto mínimo de Direitos Humanos Laborais, os quais teriam aplicação em qualquer relação trabalhista independente da localização geográfica do trabalhador.

No terceiro capítulo, são colocados à prova todos os institutos de intervenção estatal na propriedade privada. Nesta oportunidade, verifica-se qual (ou quais) dos institutos é eficiente para resolver a problemática desta pesquisa, que é o trabalho escravo ou em condições análogas.

Por fim, e tendo em vista que esta dissertação é resultado de uma pesquisa de cunho acadêmico e científico, a formalização final do trabalho obedeceu às normas previstas pela Associação Brasileira de Norma Técnica – ABNT e aos regramentos previstos pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

CAPÍTULO I

O DIREITO DE PROPRIEDADE INTERPRETADO SOB O ENFOQUE DA HERMENÊUTICA MODERNA – A FUNÇÃO SOCIAL

Estudar o direito de propriedade é compreender a amplitude de conceitos como cidadania e democracia, de modo que a garantia de respeito e de segurança jurídica nas relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado envolve, também, a necessária efetividade do direito de propriedade.

Sobre a complexidade e importância do direito de propriedade, destaca-se o pensamento de Washington de Barros Monteiro¹, para quem o direito da propriedade “é o mais completo dos direitos subjetivos, a matriz dos direitos reais e o núcleo do direito das coisas, constituindo o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas”.

Inobstante o Código Civil tratar do direito de propriedade, a doutrina do Direito Constitucional também não ficou à margem neste estudo, conferindo importante enfoque interdisciplinar, tanto que o professor José Afonso da Silva² traz o seguinte ensinamento:

Esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição de Direito Privado. Por isso, deveria ser prevista apenas como uma instituição da ordem econômica, como instituição de relações econômicas, como nas Constituições da Itália (artigo 42) e de Portugal (artigo 62). É verdade que o artigo 170 inscreve a *propriedade privada e sua função social* como *princípios da ordem econômica* (incisos II e III). Isso tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)*.

Além da incomensurável importância, o tema em análise é extremamente amplo, lançando efeitos em múltiplos ramos do direito, por isso vários pensadores

¹ Washington de Barros Monteiro. Curso de Direito Civil, v.3, p. 83.

² José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 270 e 271.

desenvolveram teorias sobre o direito de propriedade, de modo que o instituto alcançou certo grau de maturidade conceitual, compreendida como a utilização do bem em conformidade com uma função social.

Entretanto, a concepção do bem satisfazer uma funcionalidade social não surgiu repentinamente, pelo contrário, foi necessária uma nítida evolução no tratamento jurídico dispensado à relação jurídica entre o bem e o ser humano, daí a importância da análise histórica do instituto.

1 – BREVE RELATO HISTÓRICO

As primeiras relações entre o binômio homem-terra revelam um desinteresse pela propriedade privada, seja por simples desnecessidade, ante a vasta dimensão de terra, seja pela pouca (ou nenhuma) utilização do bem como reserva de riqueza.

A terra era coletiva, pertencendo a todos. Havia, na verdade, a ocupação da coisa com o fim de subsistência e sobrevivência, segundo a lição de Washington de Barros³ e Maria Helena Diniz⁴.

O desenvolvimento das relações humanas refletiu diretamente no binômio homem-terra, ou seja, surge a necessidade de acumulação de riqueza, transformando o coletivo em privado.

Segundo lição de Maria Helena Diniz⁵, no direito romano, a propriedade assumia os atuais contornos da singularização e individualização do bem, apesar de haverem existido duas formas de propriedade: a da *gens* e a da família. A primeira forma compreendia a propriedade da cidade, de modo que cada indivíduo possuía apenas uma pequena e restrita porção de terra e somente os bens móveis eram passíveis de alienação.

A segunda classificação da propriedade no direito romano compreendia o bem de família, que surgiu após o desaparecimento da *gens*, ou seja, o bem enquanto ente

³ Ob. cit., p. 82.

⁴ Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 4, p. 81.

⁵ Ob. cit., p. 105.

coletivo cedeu lugar para aos interesses privados, mediante transferência para o dono da exclusividade de exercer o direito usar, fruir e dispor da coisa, surgindo a instituição do caráter absoluto, exclusivo e perpétuo sobre o bem.

No sentido de propriedade como sinônimo de poder, destaca-se a Idade Média. Tanto é verdade que o brocardo *nulle terre sans seigneur* serve para descrever com exatidão esse período histórico.

Em uma tradução livre, Ignácio Rangel⁶ explicita sua compreensão do princípio '*nulle terre sans seigneur*' no sentido "de que nenhuma terra – habitável, acessível, agricultável, entenda-se – deve permanecer livre, isto é, ao alcance da população camponesa, porque isto romperia os laços de dependência desta com o senhor".

Nessa época, auge do período feudal, a propriedade rural, antes privada, passou para uma titularidade concorrente: senhores feudais e vassallos⁷ e os últimos recebiam o imóvel à título de usufruto condicional a certos benefícios oferecidos aos senhores, inclusive serviços feudais, conforme lição extraída da obra de Maria Helena Diniz⁸.

O Sistema Feudal somente desapareceu com a chegada da Revolução Francesa (1789), a qual foi fomentada pela desigualdade da era medieval e dos conflitos entre senhores e servos, sendo possível a confecção do Código Napoleônico, tido como o Código da Propriedade (expressão utilizada por Caio Mário⁹).

O 'Código da Propriedade', sedimentado em conceitos e princípios individualistas e individualizadores, difundiu o entendimento de que o homem possui legitimação para adquirir coisas, já que o direito de propriedade é garantia de liberdade individual¹⁰, fortalecendo o princípio quase que absoluto do direito de propriedade, de modo que a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto.

⁶ Trecho extraído do livro 'O Pensamento de Ignácio Rangel dos organizadores Armen Mamigonian e José Márcio Rego, p.140.

⁷ Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil: direitos reais, vol. 5, p. 151.

⁸ Ob. cit., p. 106.

⁹ Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, vol. 4, p. 66.

¹⁰ Ob. cit., p. 151.

As características individualistas dispostas no Código Civil Francês sobre a propriedade exteriorizaram os intentos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo a qual o direito de propriedade somente poderia ser aniquilado em caso de interesse público e após justa indenização.

Assim, inaugurada com a Revolução Francesa, a propriedade tida como sagrada, mormente na forma retratada no artigo 2º da Declaração de 11 de julho de 1789, assim dispõe *in litteris*:

Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

De igual forma, a Declaração de Pensilvânia 1787 (como ficou conhecida a Declaração de Independência dos Estados Unidos), fixa a propriedade como sendo um dos direitos certos, naturais, essenciais e inalienáveis do cidadão, inaugurando a tradição garantista de tal instituto no ordenamento jurídico norte-americano.

Nos Estados Unidos da América, a 5ª Emenda à Constituição americana (1787)¹¹, que compõe a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), preceituou que ninguém seria privado da propriedade, salvo por interesse público, mesmo assim seria assegurada indenização.

A Revolução Industrial, por sua importância, também deve ser citada, pois o embate entre o proletariado e os detentores do capital produtivo possibilitou o surgimento de novas ideologias a partir da segunda metade do século XIX.

Este momento histórico é extremamente produtivo para análise observando-se o surgimento de novas interpretações sobre o direito de propriedade. Por um lado, em países de regime capitalista, há um sistema sócio-econômico no qual os meios de produção são de determinados indivíduos - propriedade privada. Por outro, vão surgindo as ideias identificadoras do que veio a ser caracterizado, na prática, pela coletividade dos meios de produção.

¹¹ Artigo V. (...) nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

Em relação ao regime capitalista, destaque-se que esse sistema liberal foi herança direta da Revolução Burguesa, expressando um fortalecimento da “liberdade individualista do capitalismo selvagem do século XIX”, na linguagem de Paulo Bonavides¹².

As formas de governo influenciaram, além do direito de propriedade, as relações contratuais, de modo que no Estado Liberal, em homenagem ao indivíduo, privilegiava-se a autonomia de sua vontade e, assim sendo deveria prevalecer o acordo de vontade firmado ‘livremente’ entre as partes, por exemplo, num contrato, bastando analisar as relações de trabalho, as quais, naquele período, eram estabelecidas de maneira livre e com base nos princípios civilistas da autonomia privada e da liberdade contratual.

Essa forma de interpretar as relações jurídicas, a economia e a política foi comum tanto nas colônias norte-americanas quanto no velho continente (Europa), fruto das ideias iluministas. O Iluminismo foi um movimento intelectual amplo e que ofereceu sólidas bases para um questionamento racional, por isso representou grandes avanços nas áreas da ciência, da filosofia, da teoria política e da teologia¹³.

Os ensinamentos e temas trabalhados pelos pensadores iluministas trazem a lição de que todos os homens são iguais, pelos menos ao nascer. Neste arcabouço teórico, Stephanie Schwart Drive¹⁴ afirma o seguinte:

numa ordem social racional o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é essencialmente a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social, destinada a proteger cada indivíduo.

Tendo uma breve visão do iluminismo, não fica difícil chegar à conclusão de que o direito de propriedade somente poderia ter sido interpretado e aplicado sob um prisma individualista e individualizador.

¹² Do Estado Liberal ao Estado Social, p. 211.

¹³ Lição extraída do livro de Stephanie Schwart Driver. A Declaração da Independência dos Estados Unidos; tradução de Mariluce Pessoa, p. 35.

Com a crise de 1929 e a quebra da Bolsa de Nova Iorque, iniciou-se uma nova política de desenvolvimento econômico, com o denominado *New Deal* de Franklin Roosevelt (1932), que foi caracterizado por uma maior participação do Estado na economia, originando o que se convencionou chamar de Estado do Bem-Estar Social ou Estado Intervencionista. Esse tipo de Estado perdurou por quase todo o século XX, apesar dos claros indícios de início da reforma daquela postura.

Já no final do século XIX e início do século XX os movimentos socialistas colheram alguns resultados modificativos da realidade social e também na concepção do ordenamento jurídico. Mesmo nos países onde o regime socialista não era implantado, notaram-se profundas alterações na legislação vigente de determinados Estados Liberais, com os trabalhadores logrando grandes conquistas sociais que não mais se limitavam a garantir a segurança do cidadão. A forma de governar deste período foi conhecida como Bem Estar Social.

Nesta esteira de raciocínio, o regime socialista era um sistema sociopolítico caracterizado pela apropriação dos meios de produção pela coletividade. Ou seja, todos os indivíduos tomariam parte no processo de produção, e as desigualdades sociais tenderiam a ser drasticamente reduzidas, uma vez que a produção seria equitativamente distribuída.

Enquanto o pensamento liberal (Estado Liberal) projetou-se na Revolução Francesa e na aplicação exacerbada do ‘capitalismo selvagem’, o pensamento socialista (Estado Socialista) encontrou guarida na Revolução Russa – 1917. O aumento do fosso social das desigualdades (sociais e culturais), das injustiças e o crescente clamor dos oprimidos foram as razões da Revolução Russa.

Os embates dessas duas grandes correntes ideológicas, os distúrbios sociais e os movimentos de insatisfação popular proporcionaram ambiente favorável para a formação de uma terceira concepção de Estado, o chamado Estado Social, modelo adotado pela Constituição Mexicana de 1917 e pela da Alemanha (Constituição de Weimar) de 1919.

¹⁴ Ob. cit., p. 36.

É de se observar que Estado Social não possui o mesmo significado que Estado Socialista, sendo importante extremar tais conceitos. No último, a presença do Estado se faz de maneira mais imediata, oferecendo concorrência com a iniciativa privada, por meio de nacionalização de indústrias, por exemplo. Enquanto que o primeiro é marcado por atender às reivindicações da sociedade, proporcionando um estado de 'bem estar social', seja na área da saúde, previdência, direitos trabalhistas mínimos, estímulo à produção agrícola e industrial etc, sem aniquilar a propriedade privada.

No Estado Social é perceptível nova interpretação ao direito de propriedade, ou seja, o bem deve ser utilizado em harmonia com a respectiva função social, de modo que o proprietário não é apenas titular de um direito subjetivo e individualista, mas é o detentor de uma riqueza, a qual deve ser socialmente útil.

O catolicismo, com as encíclicas *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, *Quadragesimo Anno* do Papa Pio XI e *Mater et Magistra* do Papa João XXIII, fez circular entre os cristãos a ideologia de que a propriedade tinha de ser bem utilizada, surgindo as primeiras concepções acerca do socialismo cristão, como uma vertente progressista do catolicismo social.

O socialismo cristão se opunha tanto ao socialismo, marxismo e socialismo científico quanto ao capitalismo. Tal oposição não era feita mediante luta de classes, mas sim mediante aplicação da doutrina cristã e a intervenção estatal com o objetivo de integrar os divergentes interesses entre patrões e trabalhadores, corrigindo o fosso social existente.

No campo do direito de propriedade, o socialismo de matriz cristã, comumente denominado pelos católicos de *Movimento Social Cristão*, defende que a propriedade privada deveria vestir um papel social, afastando-se da velha concepção individualista, sem perder o caráter privado, porém condicionado ao interesse da comunidade.

Interessante é a observação feita pelo professor Washington de Barros Monteiro¹⁵ de que nos dias atuais o conceito de social avulta nos países de regimes políticos não marxistas.

¹⁵ Ob. cit., p. 87.

Por sua vez, pontifica Carlos Roberto Gonçalves:

A organização jurídica da propriedade varia de país a país, evoluindo desde a Antiguidade aos tempos modernos. Por essa razão acentua Lacerda de Almeida que o direito das cosas 'é a expressão jurídica do estado atual da propriedade'. Indubitavelmente, a configuração do instituto da propriedade recebe direta e profundamente influência dos regimes políticos em cujos sistemas jurídicos é concebida. Em consequência, não existe, na história do direito, um conceito único do aludido instituto¹⁶.

Nesta mesma linha de pensamento, vale destacar a observação de Fábio Ulhoa Coelho¹⁷, para quem:

Uma coisa é certa, porém: a noção de propriedade antecede em muito a mais embrionária forma de organização social a que se poderia chamar de ordem jurídica. A história não registra nenhuma etapa da evolução humana em que houvesse Direito, mas não o direito de propriedade. Mesmo as experiências inspiradas na utopia marxista – como a da estrutura econômica vivenciada na União Soviética entre a Revolução Russa (1917) e a queda do Muro de Berlim (1989) – não implicaram a completa abolição da propriedade privada. Marx acreditava que o exame científico da história possibilitava antever a superação do capitalismo por meio da revolução social patrocinada pela classe proletária, que conduziria ao fim da propriedade privada dos meios de produção, mas não dos de consumo.

Nesse processo de construção do que hoje se entende por direito de propriedade, há de se destacar a doutrina italiana que apresentou especial contribuição, ponderando que a propriedade possui uma finalidade superior ao interesse pessoal do proprietário. Assim, ao domínio estaria ínsita uma meta superior à sua utilidade individual e haveria uma gestão do proprietário sujeita àquele fim.

Sob esse enfoque já seria estabelecida uma função social instrumental, ou seja, uma função social impulsiva implicando numa concepção dinâmica do direito de propriedade, fixando direção à sua utilização e exploração. Assim, existiriam limites exteriores ao direito de propriedade, os quais podem ser identificados no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na evolução histórica do direito de propriedade no Direito Constitucional pátrio, conforme será analisado nas linhas que seguem.

¹⁶ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro*, vol. V, p. 207 e 208.

¹⁷ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Civil*, vol. 4, p. 56.

2 – A PROPRIEDADE PRIVADA NO HISTÓRICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824, como não poderia deixar de ser, já possuía referência ao direito de propriedade, conforme dicção do artigo 179, inciso XXII, que possuía a seguinte redação:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indenisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

Segundo esse texto imperial, havia ampla garantia da propriedade, com uma única ressalva para bem público legalmente considerado, garantindo apenas o reconhecimento de ser devidamente indenizado o seu proprietário pelo ato expropriatório. Entretanto, mesmo considerando interesse público sobre o bem privado, nesse texto não há determinações sobre a condição de funcionamento do bem de acordo com o interesse público.

Como forma de garantir o direito de propriedade, destaca-se que esta Carta Magna institui que “os Ministros de Estado serão responsáveis pelo que obrarem contra a propriedade dos cidadãos”, conforme dicção do artigo 133, V¹⁸.

Ainda na vigência da Carta Magna de 1824, deve-se fazer menção à Lei 601 de 1850, que dispunha sobre as terras devolutas no Império e sobre as que eram possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, bem como por posse mansa e pacífica.

A Lei 601 de 1850, conhecida como Lei de Terras, também dispunha sobre a colonização de terras devolutas por ato governamental, sob o argumento de regulamentar a estrutura fundiária no país.

¹⁸ Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis: V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.

Na sequência constitucional, de cunho liberal, o texto republicano (1891) inseriu o direito à propriedade no contexto da declaração de direitos¹⁹ do cidadão, deste modo, mantida no *status* de garantia, com a exceção para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, por expressa disposição constitucional²⁰.

A Carta Magna da 1ª República, inspirada na Constituição Garantia norte-americana, mantinha a propriedade no rol dos direitos. Esse tratamento constitucional foi ampliado pela promulgação da carta constitucional de 1934, a qual, além de manter a propriedade entre os direitos e garantias individuais²¹, tratou do instituto no capítulo destinado à regulamentação da ordem social e econômica, separando o solo das riquezas do subsolo.

Vale destacar que o texto da Carta Magna de 1934 apresentava um primeiro esboço acerca de um elemento condicionante para a conceituação do direito da propriedade, que era de ordem eminentemente social, tanto é verdade, que o artigo 113, ao lado de garantir a propriedade como direito e garantia individual, assim dispunha no incluso item 17:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Por isso, neste momento histórico constitucional, o direito de propriedade não pode mais ser compreendido, interpretado e aplicado como uma mera concepção garantista. Ao contrário, o legislador constituinte condicionou o direito de propriedade ao interesse social, não podendo este ser exercido em contrariedade à supremacia do interesse público.

¹⁹ Artigo 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

²⁰ (...)§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

²¹ Artigo 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual, à propriedade e à subsistência, nos termos seguintes:

Neste raciocínio, a inclusão desta matéria no capítulo dedicado à disciplina da ordem econômica, demonstrava a possibilidade de intervenção pública na propriedade privada, claro que sob o manto da supremacia do interesse público (conforme dicção do artigo 119²²).

No mesmo sentido ocorreu a disciplina do direito de propriedade pela Constituição de 1937, mantendo a garantia de propriedade na visão patrimonial e individual²³, mas com a possibilidade de disciplinar seu exercício sob o enfoque da ordem pública. Topograficamente, essa matéria foi inserida na mesma seção dedicada à 'ordem econômica', embora ainda em razão dos interesses de exploração industrial das minas e dos subsolos²⁴.

O texto democrático de 1946 se aproximava do tratamento dado pela atual Constituição. Não só pelo reconhecido *status* de direito individual (claro que sem afastar a possibilidade de intervenção do Estado, por meio da utilização e de desapropriação por interesse públicos²⁵), mas também pela fixação de seu tratamento em capítulo destinado à disciplina da ordem econômica, com a consagrada distinção da propriedade relativa às minas e riquezas do subsolo²⁶.

O grande destaque daquele momento constitucional foi a subordinação do exercício da propriedade ao bem estar social, principalmente em razão do momento histórico, que coincidiu com a era pós Vargas e com os anseios do mundo moderno por causa da II Grande Guerra Mundial. Esta situação fica clara na seguinte redação:

²² Artigo 119. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

²³ Artigo 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;

²⁴ Artigo 143. As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.

²⁵ Artigo 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

Artigo 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16²⁷, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Essas previsões estabeleciam as primeiras linhas da ligação da propriedade à função social que dela não se separa, mesmo que ainda se referindo à possibilidade de desapropriação por interesse social, com indenização em dinheiro e não em Título da Dívida Agrária, como é feito no atual ordenamento jurídico.

Ainda em relação ao texto da Constituição de 1946, deve-se destacar a relevância do artigo 156, §3º, que tratava da então Política Agrária desenvolvida pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Tal dispositivo normativo possuía como objetivo principal a aquisição originária de imóvel (usucapião) desde que o indivíduo, além de exercer a posse *ad usucapionem*, tornasse o imóvel rural produtivo por seu trabalho.

Fica evidente que a política de diminuição do êxodo rural, pela fixação do homem no campo, ocorria pela conjugação da teoria clássica do direito civil com a 'novidade' da valorização da função social do trabalho. Por isso é importante apresentar a dicção do dispositivo constitucional.

Artigo 156. A lei facilitará a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras públicas. Para esse fim, serão preferidos os nacionais e, dentre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados.

§ 3º - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

Com o regime militar instaurado em 1964 consolidou-se a função social da propriedade no texto constitucional, de modo que o artigo 157 da Constituição Federal de 1967 previa que a ordem econômica tinha por finalidade realizar a justiça social com base na função social da propriedade. Tanto é verdade que a redação da Constituição de

²⁶ Art 152 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

²⁷ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou

1967²⁸ dada pelo Poder Constituinte Originário, como na forma das disposições trazidas pela Emenda Constitucional nº. 01/1969, o direito de propriedade foi mantido dentre as garantias e liberdades fundamentais, ainda que estas fossem relegadas a um segundo plano constitucional.

Essa é a dicção do texto original de 1967:

Artigo 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
I - liberdade de iniciativa;
II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
III - função social da propriedade;
IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;
V - desenvolvimento econômico;
VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Com o mesmo rigor principiológico, manteve-se a redação conferida pela Emenda nº 01, de 1969, *verbis*:

Artigo 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:
I - liberdade de iniciativa;
II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
III - função social da propriedade;
IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;
V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e
VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.

Todo este histórico desemboca na constituinte de 1988, que neste momento não está mais limitada às concepções nacionais relativas ao direito de propriedade, mas sofre influência dos debates abertos pelo direito global, como ficará claro no tópico seguinte.

comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

²⁸ Art. 150 (...) § 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

3 – A PROPRIEDADE E A ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL

O direito de propriedade está expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nos seguintes artigos:

Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Artigo 5º (...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira

Capítulo I - DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

CAPÍTULO III

DA POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Como se percebe, o direito de propriedade é consagrado como direito fundamental da pessoa humana, entretanto, como já salientado, várias transformações ideológicas remodelaram o conceito e o exercício da propriedade privada.

BOBBIO compreendeu essa modificação e magistralmente assim registrou:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que

parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas²⁹.

A Carta de 1988 não inovou ao prever expressamente a proteção à propriedade condicionada a observância da respectiva função social, mas vale destacar a nova exegese dada aos institutos: enquanto a propriedade é tida como um Direito Fundamental (artigo 5º, XXII, CF) a função social deve ser interpretada como um Dever Fundamental (artigo 5º, XXIII, CF).

E não foi por acaso essa nova leitura.

A percepção da propriedade como princípio da ordem econômica oferece segurança jurídica no país, revelando a importância da livre iniciativa, o valor social do trabalho e o acúmulo de riqueza como garantia da individualidade do cidadão.

Entretanto, a teoria civilista do direito de propriedade não deve ser levada às últimas consequências liberais, pois há uma nova postura constitucional, a qual tem como princípio da atividade econômica e financeira a exigência de utilizar a propriedade com uma finalidade social, garantindo a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Nesse novo molde constitucional, a propriedade não é mais um direito absoluto, ou quase absoluto. O aberto conceito de função social, que permite frequente oxigenação axiológica sem mudança legislativa, faz parte do conceito de propriedade.

Precisas são as palavras de José Afonso da Silva sobre a constitucionalização do direito à propriedade:

Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-a aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela, só ela é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social³⁰.

²⁹ Norberto Bobbio, A Era dos Direitos, p. 18-19.

³⁰ José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo. 9.ed., p. 690.

E ressalta: a função social não é um limitador da propriedade, mas se revelando como condicionador do direito de propriedade e não um mero (e desarrazoado) complicador.

Esse entendimento não é isolado.

Na obra de Carlos Roberto Gonçalves³¹, se observa a posição de Duguit, que assim leciona:

que é considerado como o precursor da idéia de que os direitos só se justificam pela missão social para qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário deve comportar-se e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como funcionário.

Assim, continua o ensinamento:

a propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito geral intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder³².

A doutrina constitucionalista pátria não ficou à margem dessa discussão, para José Afonso da Silva³³ o conceito de função social faz parte da estrutura do direito, não sendo por isso uma limitação ao direito de propriedade.

Todas essas construções doutrinárias e as diretrizes constitucionais refletiram na redação do artigo 1.228, § 1º do atual Código Civil Brasileiro de 2002, que assim dispõe:

Artigo 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas

³¹ Ob. cit., p. 222 e 223.

³² Ob. cit., p. 223.

³³ Ob. cit., p. 254.

naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O citado parágrafo primeiro do artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro elenca vários condicionadores à fruição do direito à propriedade, como por exemplo: limitações de ordem estética, urbanística, higiênica, de defesa do consumidor, de segurança pública, de preservação ambiental entre outras.

Em nome da supremacia do interesse público sobre o privado, observa-se que existem várias normas que regulamentam a fruição da propriedade, sejam estas de cunho administrativo, de natureza civil, consumerista, agrária ou/e de ordem tributária, o que representa a publicização do direito privado³⁴.

Vale destacar, desde já, que o direito de propriedade não experimentou apenas uma publicização dos seus institutos, que simplesmente representa mitigação da vontade do proprietário pelo Poder Público. O fenômeno da constitucionalização do direito de propriedade é mais amplo, já que permite dois enfoques sobre o direito de propriedade: o primeiro é representado pela garantia constitucional da propriedade ao proprietário e, em segundo, é a garantia de que a utilização do bem será realizada em conformidade com interesses que transcendem o do proprietário.

A constitucionalização do direito de propriedade, sob o ponto de vista dos interesses transindividuais, está contida na necessidade de o bem ser utilizado em concordância com a respectiva função social. E aqui há uma questão central para o trabalho: o descumprimento da função social é justificativa para diminuir o direito do proprietário?

A indagação será oportunamente enfrentada, mas primeiro é preciso esclarecer sobre a existência e necessidade de conceituar função social.

Se de um lado para que se legitime a restrição ao direito de propriedade é indiscutível a importância de norma positivada e o respeito ao devido processo legislativo

³⁴Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. vol. I., p. 14.

e judicial, por outro é completamente irrelevante a presença de um exposto conceito legal de *‘função social’* no ordenamento jurídico positivado.

Justifica-se esse posicionamento porque um engessamento conceitual decorrente de norma positivada fatalmente gerará lacunas axiológicas e também ontológicas, frente à dinamicidade das relações jurídicas entabuladas.

A utilização de uma concepção aberta (ou vaga) possui o trunfo de oxigenar axiologicamente o sistema jurídico positivado sem qualquer alteração legislativa, a qual nunca acompanha, tempestivamente, as aspirações sociais.

A doutrina de Miguel Reale, com a teoria da tripartição do direito em fato, valor e norma, também oferece subsídios para a ausência do conceito legal de *‘função social’*.

Vale transcrever a lição:

É necessário aprofundar o estudo dessa ‘experiência normativa’, para não nos perdemos em cogitações abstratas, julgando erroneamente que a vida do Direito possa ser reduzida a uma simples inferência de Lógica formal, como a um silogismo, cuja conclusão resulta da simples posição das duas premissas. Nada mais ilusório do que reduzir o Direito a uma geometria de axiomas, teoremas e postulados normativos, perdendo-se de vista os valores que determinam os preceitos jurídicos e os fatos que os condicionam, tanto na sua gênese como na sua ulterior aplicação³⁵.

Segundo o jusfilósofo, “fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica”, não devendo se estudar (analisar, interpretar, aplicar) esses elementos de forma isolada, mas, sim, associados ao “mundo da vida”, o que representa uma leitura constitucional dos institutos de natureza infraconstitucional e o direito de propriedade não ficou à margem deste fenômeno.

³⁵ Miguel Reale, Teoria Tridimensional do Direito, p.564.

4 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

No Brasil, o fenômeno doutrinário da constitucionalização do direito civil se encorpou, principalmente, na última década do século XX. Esse movimento ocorreu entre os juristas pátrios, os quais se preocupavam em revitalizar o direito civil e a respectiva adequação aos valores consagrados pela Constituição Federal de 1988, como expressão das transformações sociais alcançadas.

Havia o entendimento da pouca eficiência da codificação, e até mesmo da superação de sua função, ante a complexidade da vida contemporânea (em especial a proteção do 'direito de massas'), o fortalecimento de microssistemas jurídicos pluridisciplinares (tais como o direito do consumidor, o direito ambiental, os direitos da criança, dos adolescentes e do idoso) e novos valores da sociedade.

Foram colocadas em xeque a categorização e a conceituação clássicas dos seculares princípios de direito civil. A leitura tradicional do direito de propriedade mostrava-se em inquietante descompasso com a realidade social. Isso em decorrência da modificação da sociedade que servira de paradigma para a codificação civil brasileira (especialmente o Código Civil de 1916) e os fundamentos ideológicos do Estado liberal e do individualismo jurídico (herança da Revolução Francesa), a qual sofreu um claro processo de urbanização e possui maior grau de responsabilidade social.

Era inegável, inclusive para os civilistas e constitucionalistas nacionais (e também os penalistas, os tributaristas, e outros especialistas de ramos dos direito), que a centralidade do direito material havia migrado, definitivamente, para a Constituição Federal.

O professor Paulo Lobo³⁶, com uma visão peculiar sobre o ideário liberal da Revolução Francesa, traz a seguinte lição acerca da separação estanque do Direito Constitucional do Direito Civil:

³⁶ Paulo Lobo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro *in* Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil. Gustavo Tepedino (org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

O ideário liberal-burguês (...) tinha cindido a ordem política do cidadão, de um lado, e a ordem privada do burguês – protegendo seus negócios com o Código Civil –, de outro lado. Estado separado da sociedade civil: para aquele, a constituição política; para esta, o Código Civil, como constituição do homem comum, nas relações privadas. Duas constituições simultâneas, portanto, duas esferas jurídicas não comunicantes. Conseqüentemente, o direito civil e o direito constitucional desenvolveram-se inteiramente distanciados, um do outro; ao primeiro destinaram-se os efeitos concretos da vida privada e ao segundo os efeitos simbólicos de norma entendidas como essencialmente programáticas, que só alcançariam a plenitude normativa com a legislação ordinária. Esse dualismo exerceu uma força de sedução que persiste até os nossos dias, no senso comum dos juristas. Tem-se, ainda, a força da tradição, que alimenta o discurso do isolamento do direito civil, pois seria um conhecimento acumulado de mais de dois milênios, desde os antigos romanos, e teria atravessado as vicissitudes históricas, mantendo sua função prático-operacional, notadamente no campo do direito das obrigações.

É evidente que o direito civil e o direito constitucional são, de todos os outros ramos jurídicos, os que mais interagem com o cotidiano de cada pessoa humana e de cada cidadão, respectivamente.

O ser humano e as pessoas jurídicas são titulares de direitos e obrigações na esfera jurídica, ou seja, a personalidade jurídica revela-se como um verdadeiro embate (direito *versus* dever; crédito *versus* débito) cotidiano e recorrente, tanto na esfera privada, como no caso dos adquirentes e utilizadores de coisas e serviços, relações familiares e etc, quanto no plano do exercício da cidadania, como nos casos de tutela à saúde, melhor qualidade de vida e a busca pela efetivação de outros direitos fundamentais.

É justamente essa característica que favorece a aproximação dos dois ramos, proporcionando uma relevante e proveitosa interação. Entretanto, vale destacar que a constitucionalização dos direitos não é sinônimo de publicização de direitos. A publicização do direito de propriedade não é novidade e não traz oxigenação axiológica para o instituto.

Publicização, segundo Maria Helena Diniz³⁷ consiste em “interferir, o Estado, na esfera jusprivatística”, entendida como mitigação para o âmbito do direito público de matérias tradicionais de direito privado. A velha separação entre direito público e direito

³⁷ Maria Helena Diniz. Dicionário Jurídico, p. 864.

privado tem sido objeto de críticas que indicam para o desaparecimento desta dicotomia polarizadora.

Tal modalidade de classificação ainda persiste para fins acadêmicos e por falta de outro critério mais adequado, visto que não é a cogência da norma ou o maior grau de intervenção legislativa que torna pública uma relação jurídica. A mitigação da autonomia das partes, como no direito de família e no direito de consumidor, não torna pública a relação entre privados, mantendo o *status* de relação privada.

Inegavelmente o foco principal no estudo do direito de propriedade civil foi transferido para a Carta Constitucional. Os juristas perceberam que para a indispensável consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e do alcance da justiça social e da solidariedade (incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo) era fundamental a elevação dos fundamentos do direito civil, principalmente o direito de propriedade, ao *status* constitucional. Isso somente foi possível por uma deliberada escolha axiológica da sociedade.

Forças vivas da sociedade influíram efetivamente nas opções do constituinte de 1988, por essa razão, a Constituição, além de ser a norma hierarquicamente superior a todas as outras, determinante do sentido do ordenamento jurídico, absorveu de fato os valores que a sociedade conseguiu veicular para servir de fundamento ou base à organização social. Esses valores foram vertidos em princípios e regras que colorem o direito como um todo.

Os regulamentos constitucionais da organização social e econômica são os alicerces jurídicos das relações privadas e de seus protagonistas principais: a personalidade, a família, o contrato, a propriedade, o dano. Na Constituição Federal de 1988, as partes consideradas essenciais de direito civil estão reguladas em normas autônomas, que congregam seus fundamentos básicos, assim distribuídas: 10 sobre

direitos da personalidade, 14 sobre direito de família, 9 sobre direito contratual, 12 sobre responsabilidade civil; 30 sobre direito das propriedades³⁸.

A constitucionalização do direito civil (e também do direito da propriedade) não é temporal ou circunstancial. É consequência do Estado social, que é a realidade do Estado moderno, inobstante suas crises, frustrações e as ameaças de retorno ao modelo liberal.

A Constituição brasileira de 1988 possui uma importante função: a de consagrar o Estado social. Para tanto, a Carta Magna tem como objetivos fundamentais 'constituir uma sociedade livre, justa e solidária'³⁹, como, por exemplo, a redução das desigualdades sociais. A legislação infraconstitucional deve tomar assento neste momento histórico e concretizar a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito, não podendo os juristas desconsiderar essa onda de transformação, como se os fundamentos do direito civil permanecessem ancorados no modelo liberal do século XIX.

A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou de solidariedade, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. Os indivíduos exigem o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a insuperável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana.

As constituições posteriores à II Guerra Mundial, principalmente da Alemanha, da França e da Itália, e mais recentemente as de Portugal e Espanha – na década de 70 do século XX, buscaram atender idênticos interesses pela constitucionalização do direito civil, com produção doutrinária sistemática. Muitos estudos foram alimentados pelas decisões das cortes constitucionais desses países, que se depararam com frequentes conflitos de direitos fundamentais entre os particulares. Neste sentido, o professor Paulo Lobo traz a seguinte lição do ilustre JJ Gomes Canotilho:

³⁸ Cite-se como exemplo o artigo 5º, I, V, X, XI, XV, XXII, XXIII, XXIV, XXX e XXXI. Artigo 21, XXIII, 'd'. Artigo 236, §1º. Artigo 245, todos da Constituição Federal de 1988.

³⁹ Conforme dicção do artigo 3º da Constituição Federal.

Além dos civilistas, os constitucionalistas também se interessaram pelo fenômeno, refletindo sobre o impacto dessa inserção das relações civis no direito constitucional, ao ponto de Gomes Canotilho indagar se o processo não é inverso, ou seja, da ‘civilização do direito constitucional’⁴⁰.

A compreensão que se tem atualmente do processo de constitucionalização do direito de propriedade não o resume à aplicação direta dos direitos fundamentais somente às relações públicas, que é um de seus aspectos. Vai muito além. O direito de propriedade, com o *status* de direito fundamental do ser humano, cumpre função de direito de defesa do cidadão sob dois aspectos. Sobre esta questão, vale destacar o ensinamento de JJ Canotilho⁴¹:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos, sob dupla perspectiva: 1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; 2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

É fato que a lição de Canotilho acerca da “função de defesa ou de liberdade” dos direitos fundamentais é aplicada nas relações jurídicas verticais, ou seja, entre os indivíduos e o Estado. Ocorre que a constitucionalização dos direitos fundamentais, incluindo a propriedade, também deve ser aplicada nas relações horizontais, ou seja, entre os próprios indivíduos. Neste sentido vale transcrever o ensinamento do mestre português⁴²:

Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais. Nesse sentido o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos.

E continua:

Esta função de proteção de terceiros obrigará também o Estado a concretizar as normas reguladoras das relações jurídico-civis de forma a assegurar nestas relações a observância dos direitos fundamentais.

⁴⁰ Paulo Lobo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro *in* Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil. Gustavo Tepedino (org.). São Paulo: Atlas, 2008, pág. 22.

⁴¹ Ob. cit., p. 383.

⁴² Ob. cit., p. 384.

Por isso, um dos significados mais importantes da constitucionalização do direito de propriedade é o da aplicação direta das normas constitucionais, em destaque os princípios, em quaisquer que sejam as relações (privadas ou públicas), particularmente de duas formas:

a) quando inexistir norma infraconstitucional (lacuna normativa), o juiz extrairá do texto constitucional todo o conteúdo necessário para a resolução do conflito ou;

b) quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional (lacunas axiológica e ontológica), esta deverá ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis.

Além da aplicação das normas constitucionais, a constitucionalização do direito de propriedade também experimenta forte influência de princípios estruturantes, especialmente os constitucionais, os quais não se confundem com os princípios gerais de direito. Esta classe de princípios gerais de direito está positivada no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e estabelece a regra de *non liquet*, que proíbe o juiz de não julgar em casos de lacuna normativa, ou seja, os princípios gerais de direito possuem uma função supletiva, de modo que o juiz lançará mão deste instrumento de julgamento apenas quando se deparar com ausência de lei, como norma de complemento do sistema jurídico.

Ao contrário, os princípios estruturantes que hoje influenciam o direito de propriedade não exercem função supletiva, neste sentido, vale destacar a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁴³, para quem “a identificação dos princípios não prescinde do direito positivo, antes se apresentam como alicerce fundamental que o sustenta e que deflui de sua estrutura. É neste sentido que se fala, (...) como preferem os italianos, em princípios gerais do ordenamento jurídico”.

Por tudo isso, é possível compreender que os princípios estruturantes possam ter origem no ordenamento jurídico, sendo explícitos ou implícitos. Como dito, este grupo de princípios (chamados de estruturantes) são inícios, pontos de partidas, fundamentos

⁴³ Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *Improbidade Administrativa*, p. 37.

que informam e conformam a lei. A operação hermenêutica que estava invertida foi devidamente reposicionada: em primeiro lugar o princípio estruturante constitucional, depois a lei positivada fundamentada nele.

É com esta compreensão de princípios estruturantes que o doutrinador Gustavo Tepedino⁴⁴ ensina que atualmente não existe mais um direito privado com uma sustentação normativa tipificadamente privada, pois com a promulgação da Constituição, o Código Civil perdeu seu papel de constituição do direito privado, dividindo com o texto constitucional e princípios estruturantes o papel principal na regulamentação de temas que antes eram reservados exclusivamente ao Código Civil.

Entretanto deve-se considerar que esta concepção acerca da dimensão normativa dos princípios estruturantes nem sempre foi bem aceita entre os juristas, aliás, a experiência brasileira de mau-trato dos princípios é emblemática, demonstrando retrato fiel do individualismo e do liberalismo jurídicos. O Código Civil de 1916 os ignorou, procurando suprimi-los, sob a justificativa de que levam à intervenção qualitativa do Poder Judiciário na resolução dos conflitos entre os privados, inclusive a revisão judicial dos negócios jurídicos, o que é inadmissível no Estado Liberal.

As Constituições sociais, desde 1934, passaram ao largo do Código, que permaneceu atado ao individualismo liberal, como se a mudança da sociedade não lhe dissesse respeito, permanecendo o paralelismo incomunicável do Código e da Constituição.

Por outro lado, o Código Civil de 2002, rendeu-se aos princípios estruturantes, compatibilizando-se ao paradigma do Estado social. Exemplo frisante dessa virada paradigmática é a introdução principiológica no direito contratual, reconhecidamente a liberdade e autonomia das pessoas sem se olvidar dos interesses sociais que extrapolam os interesses dos contratantes. Assim, no caso do novo código, o artigo 421 do Código Civil atual, quando imprimiu ao contrato a função social, possibilitou não apenas a autorregulamentação de interesses individuais, mas significou profundo redirecionamento da aplicação do direito civil.

⁴⁴ Gustavo Tepedino. Temas de Direito Civil, p.7.

É possível que os princípios estruturantes e normas jurídicas entrem em rota de colisão. E o desenvolvimento deste trabalho leva a um inevitável choque: de um lado há o direito de propriedade e de livre iniciativa e de outro há a necessária tutela do trabalho livre e a observação da função social do bem objeto da propriedade.

Inobstante ser ainda muito prematuro analisar a mencionada colisão de direitos fundamentais, vale enfatizar que o constitucionalizado direito de propriedade deve ser compreendido e interpretado em máxima amplitude, o que somente é alcançado pela hermenêutica contemporânea. É sobre esse tema que se discorre.

Mesmo sabendo que o processo de constitucionalização do direito civil não é acolhido sem oposições, este trabalho parte do pressuposto de que o direito civil não mudou de natureza e que suas matérias são próprias e insuscetíveis de tratamento pela Constituição, salvo de maneira excepcional e supletiva, o que não significa dizer que o direito de propriedade não recebe influência da principiologia presente na Carta Magna.

É neste cenário que deve iniciar qualquer interpretação do direito de propriedade: o direito do proprietário e o princípio da livre iniciativa devem ser preservados em razão de íntima relação com a produção de riqueza nacional.

Entretanto, esse é o primeiro passo, pois a criação, a análise e a aplicação do ordenamento jurídico está alicerçada no seguinte tripé: tutela da pessoa humana, técnica legislativa e a hermenêutica contemporânea.

Inicialmente vale destacar que esse trabalho tem como concepção de pessoa humana não uma visão antropológica liberal – a qual é egoísta, individualista e individualizadora, mas sob uma ótica antropológica social – a qual leva em consideração a essência social do ser humano, de modo que a conceituação de Homem não se esgota no próprio indivíduo.

Entretanto, deve-se reconhecer que a visão liberal está enraizada no pensamento jurídico e nas práticas forenses. Portanto, é possível superar a herança do direito civil francês de compreender o homem em sua individualidade? É possível, com o

uso de uma hermenêutica moderna, migrar de uma concepção antropológica liberal para uma óptica social? Na verdade, do que se trata essa nova hermenêutica?

Para responder a esta indagação, vale a lição do Ministro Eros Grau⁴⁵, a qual se transcreve:

A nova hermenêutica, o que é isto? Para início de conversa, é a negação da concepção tradicional, à moda de Savigny, segundo a qual a interpretação do direito seria a mera reconstrução de pensamento do legislador. Parto da afirmação de que texto e norma – texto normativo, preceito, enunciado – não se identificam. A norma jurídica é produzida pelo intérprete. É uma construção do intérprete. A tarefa do legislador se esgota na produção do texto. Quem produz a norma é o intérprete.

E continua.

Não estou afirmando nenhuma novidade. Texto é uma coisa, norma é outra. Então, o que é interpretar? A interpretação é uma relação entre duas expressões. A primeira, expressão que porta uma significação, que é objeto da interpretação. E uma segunda, que nós chamamos de interpretação e cumpre a função de interpretante. O texto é aquilo que se extrai do texto, mediante o exercício de interpretação, ou seja, a norma.

Desse modo, os textos de lei referentes ao direito de propriedade são, na verdade, um conjunto de possibilidade de normas em potencial, a depender do caso concreto.

A hermenêutica contemporânea, não se satisfaz com o simples exercício de compreensão da literalidade da lei, já que sempre tenta o entendimento da norma visando resolver casos práticos, postos perante o Poder Judiciário para que sejam alcançados pela jurisdição. De modo que, interpretação e aplicação da norma são etapas de uma mesma operação.

Segundo a concepção de Kelsen, é o juiz, e apenas ele, quem é o verdadeiro e autêntico intérprete. Somente o juiz desvenda as normas que estão presentes nos textos de lei, os demais intérpretes colaboram e nada mais. A lição de Kelsen não quer dizer que

⁴⁵ A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro *in* Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil. Gustavo Tepedino (org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 283.

a norma surge do nada. A norma preexiste e está em estado potencial e virtual dentro do texto legal.

A interpretação será extraída pelo desenvolvimento do trabalho autêntico do interprete, o juiz, quem levará em consideração a realidade fática colocada em juízo. Esse é o processo de concretização da lei.

Sobre o 'trabalho do intérprete', assim leciona o Ministro Eros Grau⁴⁶:

Um jurista alemão que tem vindo muito ao Brasil, Friederich Muller, ensina algo muito interessante, que me parece a chave para bem entender a sua concepção. Muller fala em trabalho. O intérprete desenvolve um trabalho, o trabalho de interpretação. *Arbeit*, em alemão, significa trabalho. A interpretação se processa da seguinte forma: tenho o texto e tenho a realidade. Interpreto o texto e também considero a realidade, construindo a norma jurídica geral. Extraio do texto a norma que preexiste lá, mas que é conformada também pela realidade. Após ter construído as normas gerais, produzo uma segunda norma, a norma de decisão do caso concreto. Somente então se realiza o processo da concretização do direito. A norma é produzida no curso deste processo de concretização, mas não apenas a partir do texto, porém também a partir dos dados da realidade a que ela se aplica. Por isto, a norma é sempre determinada histórica e socialmente.

E complementa:

Vou mais adiante e vou ser mais ousado ainda. Direi que é preciso emendar o velho Kelsen. Pois quando Kelsen fala em moldura da norma, na verdade está cogitando da moldura do texto, não da norma. E a moldura de Kelsen não é apenas do texto, é moldura do texto e dos fatos. É de lá que nós extraímos a norma. Além disso, a decisão jurídica sempre é tomada a partir de um caso prático. E aí se dá o que chamamos produção prática do direito. Interpretar é caminhar de um ponto ao outro, do universal ao singular, através do particular – estou pensando em Hegel: universal, particular, singular. Interpretar é caminhar de um ponto ao outro, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar o singular completamente contingencial.

Outro ponto levantado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal é que a interpretação é uma prudência e não uma ciência. Por isso nós não fazemos jurisciência, mas jurisprudência.

O interprete autêntico (juiz) não consegue explicar cientificamente a sentença prolatada, somente consegue justificá-la.

A norma não é objeto de demonstração. E o sentido do justo comporta sempre mais de uma solução. A problematização dos textos normativos não se dá no campo da ciência, opera-se no campo da prudência. O desafio da ciência é não ter resposta para uma questão. O desafio da prudência é termos mais de uma resposta correta para a mesma questão⁴⁷.

É importante destacar que a interpretação, inexoravelmente, leva em consideração 'pressuposições, pré-compreensões, daí se desdobrando o círculo hermenêutico'⁴⁸.

A compreensão escapa ao âmbito da ciência, respeita ao ser no mundo, o *Dasein*. E o ser no mundo é um ente que não se limita a colocar-se entre outros entes. É, ao contrário, um ente que se caracteriza ontologicamente pelo privilégio de, em seu ser estar em jogo seu próprio ser⁴⁹.

Por fim, é importante dizer que esse mecanismo de interpretação proposto, cujo instrumento de atuação é a hermenêutica moderna, aproxima o texto legal da realidade fática.

Esse sistema interpretativo permite que o intérprete autêntico (e também os outros intérpretes auxiliares) tenham mecanismos hábeis para melhor colaborar com a Justiça. A melhoria da qualidade da prestação do serviço judiciário está no fato de que todo o sistema jurídico estará sendo axiologicamente oxigenado a cada caso concreto posto em juízo, independentemente da lentidão do processo legislativo.

Nesse ponto, Enéas Costa Garcia aborda a lição de Robert Alexy quanto ao conflito de princípios constitucionais.

Esclarece o autor que, especialmente nos princípios constitucionais, não se admite uma prevalência absoluta de um determinado princípio em conflito. Portanto, a questão fundamental é determinar 'sob quais condições qual princípio tem precedência e qual deve ceder'. Robert Alexy afirma que na determinação do princípio prevalecente surge a argumentação do 'peso' dos princípios. Um princípio tem peso maior, em confronto com princípio oposto, quando existem razões suficientes para que o princípio tenha preferência em relação ao outro sob o influxo das condições do caso concreto. São as condições do caso concreto que vão determinar a prevalência do princípio.⁵⁰

⁴⁶ Ob. cit., p. 286.

⁴⁷ Ob. cit., p. 287.

⁴⁸ Ob. cit., p. 287.

⁴⁹ Ob. cit., p. 387.

⁵⁰ Enéas Costa Garcia. Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação, p. 135.

Todos os argumentos levantados sobre a 'nova interpretação do direito civil' e a solução doutrinária para princípios ou normas em choque não é discussão meramente acadêmica. Um ponto que fatalmente apresenta conflito é o inevitável choque entre o direito de propriedade de imóvel rural e o direito à dignidade da pessoa humana do trabalhador rurícola.

A nova interpretação do direito do direito à propriedade é influenciada pela filosofia do direito, cujo principal pensador brasileiro, o professor Miguel Reale⁵¹, apresenta uma justificativa religiosa para o princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando ser essa a base do direito natural, do qual era inseparável a idéia de que o homem foi criado por Deus, à sua imagem e semelhança e, desse modo, considerado uma pessoa dotada de dignidade intocável.

Com esta concepção interdisciplinar, é possível verificar que o princípio da dignidade da pessoa humana é instrumento para que o bem imóvel exerça a respectiva função social. Por isso, a questão de trabalho em condições degradantes dentro de imóvel rural é um obstáculo à efetivação tanto da função social da propriedade quanto do direito ao acesso à cidadania plena pelo trabalhador, por isso pertinente é a lição de Calmon de Passos⁵², ao afirmar o seguinte:

A cidadania é uma das expressões do poder político, é o poder de controle dos governados sobre seus governantes, e esse poder não pode resultar jamais do 'dizer' sobre ele, como visto, mas de sua existência inequívoca, como fato, no conviver político cotidiano, institucionalizado substancialmente, não apenas formalmente.

A questão é tormentosa.

A existência de trabalho escravo ou em condições análogas além de impedir que a propriedade privada exerça a respectiva função social fere direitos fundamentais e indisponíveis do ser humano.

Tais direitos fundamentais do ser humano foram prestigiados em outros diplomas legislativos, como o parágrafo primeiro do artigo 2º do Estatuto da Terra (Lei

⁵¹ Miguel Reale, Nova fase do direito moderno, p. 60.

4.504 de 1964), estabelecendo, dentre outros requisitos, que a função social da propriedade será integralmente satisfeita quando a utilização do bem favorecer o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam e quando se observar as normas que regulamentam as relações trabalhistas.

Pela importância do texto de lei, se transcreve:

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;**
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.**

Esse dispositivo foi reproduzido no artigo 186 da atual Constituição Federal. Assim, para verificar a compatibilidade da nova hermenêutica jurídica do direito de propriedade e o direito fundamental ao trabalho livre, é necessário aprofundar o estudo das relações empregatícias, ao que é dedicado o próximo capítulo.

⁵² Calmon de Passos: “Cidadania Tutelada”; publicação na Internet, sítio do Jus Navigandi, 2002.

CAPÍTULO II

RELAÇÕES TRABALHISTAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NÚCLEO DURO DE DIREITOS HUMANOS LABORAIS

O atual momento jurídico experimentado pelo direito pátrio busca interpretar os institutos jurídicos sob a luz do direito constitucional. Este fenômeno, como se viu no capítulo anterior, ocorreu também com o direito de propriedade, o qual deve obedecer a respectiva função social. Por isso, a constitucionalização do direito civil é um tema recorrente neste trabalho.

A importância deste tema não se restringe ao meio acadêmico. Pelo contrário, seja na realidade prática das relações jurídicas entabuladas entre os particulares e entre estes e a Administração Pública ou na busca de tutela jurisdicional para resolver lides, observa-se que é não é fato extraordinário alegar, por exemplo, que a propriedade deve ser interpretada fora dos limites estritos dos interesses do proprietário.

A Carta Constitucional de 1988 muda o paradigma do estudo do direito de propriedade sob o enfoque do direito individual e do Direito Privado. A propriedade privada está inserida dentro de uma realidade maior e tem por escopo oferecer existência digna (princípio da dignidade da pessoa humana) e participar da distribuição de justiça social (claro que sempre reafirmando a manutenção do caráter privado das propriedades particulares).

Exercer a função social da propriedade é, em uma análise resumida, interpretar esse direito subjetivo à luz do Direito Constitucional. Entretanto, essa não é a única leitura da função social, ou seja, para alcançar esse objetivo é importante interpretar o exercício da função social de maneira interdisciplinar. E o ramo do Direito do Trabalho oferece campo fértil para tanto.

O estudo interdisciplinar é premente e urgente, tanto que o Poder Constituinte Originário estabeleceu que a ordem econômica do país deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observados, dentre outros, os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, conforme está previsto no artigo 170, o qual transcreve-se:

Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
II - propriedade privada;
III - função social da propriedade;

É indissociável o estudo da propriedade, da função social e da valorização do trabalho humano, daí a necessidade de aprofundar no tema.

No ramo do Direito do Trabalho há clara participação estatal na busca pela efetividade dos princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, isto porque o trabalhador é sempre a parte mais fraca e debilitada na relação jurídica.

Os princípios e normas do direito do trabalho devem ser conhecidos em sua profundidade, pois a função social da propriedade deve ser aplicada em sua máxima efetividade e somente será alcançado tal desiderato mediante a interpretação interdisciplinar do direito civil, direito agrário, direito do trabalho e o direito constitucional.

1 – CONCEITO, PRINCÍPIOS E FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

A etimologia da palavra trabalho é assunto controvertido, proporcionando boas discussões. A 'ideia de trabalho' é relacionada com tarefa, aplicação da atividade física ou intelectual, serviço, esforço, fadiga, ocupação⁵³. Os estudiosos em linguística entendem que tudo leva a crer que não exista uma raiz indo-europeia comum e que cada um dos troncos da língua indo-europeia desenvolveu, já isoladamente, o conceito. Este pode ser

⁵³ Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Aurélio Buarque de Holanda, p.647.

associado à noção de ação, à de produto e também à ideia de sofrimento, padecimento ou peso⁵⁴.

Em latim *labor* significa fadiga, afã, trabalho, obra e também cuidado, empenho, sofrimento, dor, mal, doença, enfermidade, desventura, desgraça, infelicidade. Atualmente predomina o entendimento de que provém do neutro latino *palum*, através do adjetivo *tripalis*⁵⁵ (composto de três paus), designativo de instrumento feito de três paus aguçados, algumas vezes até munidos de pontas de ferro, no qual os agricultores batiam as espigas de trigo ou de milho e também o linho, para debulhar as espigas, rasgar o linho. Mais tarde, ganhou o sentido moral de sofrimento, fadiga, encargo, e depois adquire o sentido de trabalhar, labutar.

Numa visão genérica do conceito de trabalho é possível interpretar como toda atividade humana que transforma a natureza a partir de certa matéria dada, compreendendo uma conceituação econômica, ambiental, social e jurídica.

Segundo a visão estritamente econômica do direito do trabalho, entende-se que é fundamental para o ser humano satisfazer suas necessidades materiais, ficando obrigado a conquistar a natureza e tirar dela a matéria-prima e demais produtos para seu sustento. Esse é um conceito basicamente ligado à ideia de utilidade do trabalho.

Entretanto, o que importa para esse trabalho é o conceito jurídico e segundo tal ótica, o trabalho precisa ter um conteúdo lícito, deve ser valorável e socialmente proveitoso, não precisando ser, necessariamente, produtivo.

A estrutura essencial do Direito do Trabalho pode ser apresentada por três correntes doutrinárias, conhecidas como subjetivista, objetivista e mista.

A corrente subjetivista lança seus fundamentos nos próprios sujeitos da relação jurídica, buscando explicitar a que tipos de trabalhadores são aplicadas as normas do Direito do Trabalho. De acordo com a doutrina subjetivista, o Direito do trabalho poderia

⁵⁴ Lição extraída da obra de Maria Aparecida de Moraes Silva, Rodrigo Constante Martins e Beatriz Medeiros de Melo. Da luta no eito à luta pelos direito, p. 120, trabalho presente na revista *Conflitos no Campo*, 2007.

⁵⁵ Francisco Lara, Trabalho, educação, cidadania: reflexões a partir de educação entre trabalhadores, p.101.

ser definido como um conjunto de normas jurídicas destinadas a proteger os economicamente mais fracos (trabalhadores) diante dos mais fortes (empregadores).

Este critério, embora largamente utilizado por doutrinadores estrangeiros, possui pouco prestígio na doutrina brasileira, pois é o menos consistente, sob do ponto de vista científico. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado leciona o seguinte:

(...) é que, considerada a relação de emprego como a categoria fundamental sobre que se constrói o Direito do Trabalho, obviamente que o ramo jurídico especializado não irá definir-se, sob o ponto de vista técnico, a partir de qualquer de seus sujeitos, mas a partir de sua categoria fundamental. Por outro lado, o caráter expansionista desse ramo jurídico tem-no feito regular, mesmo que excepcionalmente, relações jurídicas de trabalho que não envolvem exatamente o empregado – o que torna o enfoque subjetivista inábil a apreender todas as relações regidas pelo ramo jurídico em análise⁵⁶.

Por outro lado, destaca-se a corrente objetivista, a qual possui base nas relações de trabalho. Ao contrário da corrente subjetivista, que tenta determinar a quais pessoas se aplicarão as normas, a corrente objetiva busca determinar as matérias alcançadas pelo Direito do Trabalho. É objetivista a definição de Ives Gandra da Silva Martins Filho, segundo o qual, “o Direito do Trabalho é o ramo do Direito que disciplina as relações de emprego, tanto individuais como coletivas”⁵⁷.

Convém ressaltar a definição dada por Messias Pereira Donato, para quem o Direito do Trabalho “é o corpo de princípios e de normas jurídicas que ordenam a prestação do trabalho subordinado ou a este equivalente, bem como as relações e os riscos que dela se originam⁵⁸”.

Por fim, há a corrente mista, a qual é a mais adotada pelos doutrinadores brasileiros, realizando a combinação entre as pessoas a que são destinadas as normas e as matérias disciplinadas pelo Direito do Trabalho.

Adotando a corrente mista, Arnaldo Sussekind propõe a seguinte conceituação:

⁵⁶ Maurício Godinho Delgado, Curso de direito do trabalho, p. 52-53.

⁵⁷ Ives Gandra da Silva Martins Filho, Manual esquemático de direito e processo do trabalho, p. 7.

⁵⁸ Messias Pereira Donato, Curso de direito do trabalho, p. 6.

Direito do Trabalho é o conjunto de princípios e normas, legais e extralegis, que regem tanto as relações jurídicas individuais e coletivas, oriundas do contrato de trabalho subordinado e, sob certos aspectos, da relação de trabalho profissional autônomo, como diversas questões conexas de índole social, pertinentes ao bem-estar do trabalhador⁵⁹.

A compreensão do conceito do Direito do Trabalho não se completa sem a percepção de que o trabalhador é a parte hipossuficiente na relação contratual. Por isso, na doutrina trabalhista é consolidado o Princípio da Proteção ao Trabalhador, conforme se percebe na dicção do artigo 468 da Consolidação das Leis Trabalhistas, que se transcreve:

Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

A doutrina trabalhista indica a existência de outros princípios, entretanto, qualquer outro princípio é, na verdade, mero desdobramento do Princípio da Proteção aplicado ao caso concreto. Por exemplo, os doutrinadores citam os seguintes princípios: Princípio “*in dubio pro operario*”, Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva, Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas e Princípio da Norma mais Favorável.

A história dos trabalhos exercidos pelo homem é ponto que merece atenção, pois compreender o passado é medida eficaz para solucionar problemas atuais. Neste sentido, entre o povo egípcio da antiguidade predominavam as atividades voltadas para a agricultura, já que dispunha de condições geográficas vantajosas e com solos férteis banhados pelo rio Nilo. Esse conjunto de fatores proporcionou o desenvolvimento da agricultura e também da navegação fluvial.

É possível encontrar o trabalho do homem também na época denominada de antiguidade clássica. A civilização de maior destaque foi o Império Romano, no qual as classes sociais eram extremamente estratificadas, dividindo a sociedade em homens livres e escravos, predominando, assim, o trabalho escravo. O escravagismo surgiu das guerras, já que a utilização dos serviços dos derrotados era mais útil do que simplesmente matá-los.

⁵⁹ Arnaldo Sussekind, Curso de direito do trabalho, p. 81.

Infelizmente o ser humano não deixou no passado essa famigerada prática escravista. Nos tempos medievais a escravidão também existiu e os senhores feudais faziam grande número de escravos. Também na Idade Moderna, a escravidão continuou, principalmente com o descobrimento da América, quando os colonizadores espanhóis escravizavam os indígenas e os portugueses traziam da costa africana indivíduos escravizados. Ainda hoje, em 2009, não estamos completamente livres da escravidão.

O estudo sobre o direito do trabalho inicia-se após o período da escravidão, momento em que a manifestação de vontade se torna elemento fundamental e essencial na relação homem-homem, ou seja, um homem somente oferece sua força de trabalho após consentir com tal relação.

O Cristianismo tem considerável influência no direito do trabalho, pois dignifica o trabalho. Foi dado, por Cristo, ao trabalho um sentido de valorização e reconhecimento da dignidade do ser humano e de qualquer trabalhador. Inegavelmente, os ensinamentos do cristianismo eram opostos aos pensamentos grego e romano, os quais se posicionaram favoráveis à escravidão e aos princípios da dignidade decorrente do trabalho.

Após o período de escravidão, a história da humanidade conheceu o servilismo. Este termo significa espírito de servidão ou qualidade de quem é servil. Inobstante a modificação terminológica, ainda pairavam os ideais do regime escravista, sendo possível afirmar que a servidão é uma característica das sociedades feudais.

A estrutura da sociedade feudal era, basicamente, dividida em estamentos, ou seja, diferentes grupos sociais, dentre os quais destacam-se a aristocracia, os clérigos e os camponeses.

A aristocracia (ou nobreza) era constituída pelos grandes proprietários de terras, e também responsáveis pelo serviço militar. Não bastassem tais funções, ainda detinha o poder de exercer a justiça sobre todos os que viviam sob sua proteção.

Os clérigos eram divididos em duas classes o alto clero e o baixo clero. O alto clero administrava a Igreja e os respectivos bens, incluindo as propriedades agrárias, e tinha grande influência política e ideológica. O baixo clero tinha função de rezar, mas na prática é instrumento de manutenção do *status quo* com justificativas religiosas para aplacar qualquer questionamento.

Os camponeses (ou servos) eram aqueles com o dever de trabalhar para criar riquezas, sustentando a estrutura feudal.

Em síntese, o servilismo era um sistema em que o indivíduo (leia-se servo), mesmo sem possuir o *status* de escravo, não era livre, visto que a nobreza e os membros do alto clero controlavam a propriedade da terra e todos os direitos subjetivos. Por isso sujeitavam-se à situações abusivas e a uma diabólica⁶⁰ dependência do senhor feudal.

Neste cenário, o direito de propriedade era completamente respeitado, podendo o proprietário (aristocracia e alto clero) *usar, gozar e dispor da forma que quisesse*.

Com o desgaste do sistema feudal, os trabalhadores migraram para as cidades, em um verdadeiro êxodo rural, ativando os movimentos comerciais. Tal movimento resultou no corporativismo, cuja origem remonta à Idade Média (especificamente na Europa do século XV).

O desenvolvimento das cidades e a utilização do dinheiro deram aos artesãos a oportunidade de abandonar a agricultura e viver de seu ofício urbano. Neste período destaca-se o grande desenvolvimento de importantes centros como Veneza, Milão, Florença, onde os artesãos vendiam os artigos fabricados em família.

Surge a necessidade de associação para alcançar ajuda e defesa mútuas, o que levou os artesãos juntamente com os pequenos comerciantes a se agruparem em

⁶⁰ Cite-se o fato de que os servos entregavam grande parte da produção aos senhores feudais em troca da proteção e do uso da terra.

oficinas de arte e ofício, em torno dos mestres. Tais associações desenvolveram-se em formato de confrarias religiosas e as corporações de ofício.

Tais corporações regulamentavam a capacidade produtiva e a técnica de produção, agrupavam-se todos os trabalhadores de um mesmo ramo de atividade em dada região⁶¹.

As corporações eram regidas por estatutos, os quais tratavam de algumas regras de conduta disciplinando as relações de emprego e também estabeleciam uma hierarquia muito rígida, destacavam-se, basicamente, três categorias de membros: os mestres, os companheiros e os aprendizes.

Os mestres eram os proprietários das oficinas, equivalendo-se aos atuais empregadores e os aprendizes se submetiam à pessoa do mestre. Os jovens trabalhadores (iniciavam a partir dos 12 anos de idade) aprendiam o ofício, mas sob um duro sistema de trabalho, inclusive com castigos corporais. Os companheiros eram trabalhadores com liberdade pessoal e recebiam salários dos mestres. O companheiro somente se transforma em mestre se fosse aprovado no exame denominado de "obra mestra".

As Corporações tiveram grande importância para o moderno capitalismo. O comércio então já era realizado por meio de dinheiro, instrumentos de crédito, sistemas de contabilidade, ainda que imperfeitos, o que levou a produção a centralizar-se em grandes grupos incorporados.

Com a Revolução Francesa o sistema de Corporações de Ofício foi extinto, visto que foi considerado incompatível com o (novo) ideal de liberdade do homem.

A Revolução Industrial é um fator marcante para a história do Direito do Trabalho, já que o trabalho Pré–Revolução Industrial, basicamente corporativista era realizado em ambiente patriarcal.

⁶¹ Theo Santiago,. Do Feudalismo ao Capitalismo: uma discussão histórica, p.38.

À época da Revolução Industrial as condições de trabalho eram as piores desde a escravidão, os salários pagos eram insuficientes para oferecer subsistência mínima ao indivíduo e sua família.

Em relação à (in)segurança do trabalho, Sérgio Pinto Martins traz o ensinamento de que os trabalhadores estavam sujeitos ‘a incêndios, explosões, intoxicações por gases, inundações, desmoronamento’, além de doenças como ‘tuberculose, asma e pneumonia’⁶².

Ainda em relação à Revolução Industrial, esta representa uma espécie de raiz econômica das relações empregatícias, proporcionando uma retribuição pecuniária, o que expôs o conflito entre capital e trabalho.

Como, à época, inexistia qualquer modalidade de controle, vigorava a total liberdade de contratação, gerando, por exemplo, jornadas de trabalho desproporcionais e o completo desrespeito ao trabalho, especialmente do menor e da mulher.

Inobstante as disparidades, observa-se o início da formação de uma consciência coletiva, um primeiro passo para a formação dos movimentos sindicais e diversos outros movimentos ‘pró-sociedade’ em busca de moradia, segurança, trabalho, lazer etc, em clara mudança da forma de se conceber a relação entre o homem, a sociedade e o Estado⁶³.

Na referida crise das relações de classe forma-se um novo sistema de pensamento cultural e econômico: o pensamento liberal, o qual é uma filosofia política que prima pela autonomia moral e econômica da sociedade civil em oposição à concentração do poder político, clara expressão da nova ordem burguesa (liberdade de contrato e liberdade individual são os destaques do liberalismo, caracterizado pela mínima intervenção estatal na sociedade).

⁶² Sérgio Pinto Martins, *Direito do Trabalho*, p. 36.

⁶³ Ob. cit., p. 47.

O Estado mínimo tem concepção alicerçada no deslocamento das atribuições do Estado perante a economia e a sociedade. Preconiza-se a separação, a não intervenção, tudo em prol da liberdade individual e da competição entre os agentes econômicos.

Uma das mais importantes características deste estado de intervenção mínima é o cuidado apenas da segurança interna e externa. Após a consolidação da Revolução Industrial, quando a burguesia passou a deter além do poder econômico e os meios de produção, vários problemas começaram a surgir em razão dessa forma de governo.

Ficaram insustentáveis alguns problemas, tais como o agravamento da pobreza, concentração de renda, saúde e educação precárias, por isso, na década de 1930, começam os primeiros clamores, de que o Estado deveria também interferir no social.

É neste contexto histórico que surge a política denominada de *Welfare State*, inicialmente implementada nos países europeus, como resposta à expansão do capitalismo. O Estado do Bem-Estar social é uma resposta às dificuldades individuais e uma tentativa de garantir a sobrevivência da sociedade, pois oferece ao indivíduo proteção mínima.

Os movimentos históricos são cíclicos e se mostram como uma gangorra e nas oscilações o direito do trabalho, normalmente, é a parte mais prejudicada. Por exemplo, na Inglaterra de 1979, Margaret Thatcher implementou uma política extremamente conservadora, em uma tentativa de reverter a redistribuição do Estado de Bem-Estar, beneficiando as classes superiores e não as classes mais baixas. Essa política foi conhecida como neoliberalismo, conforme lição de Immanuel Wallerstein⁶⁴.

Para o neoliberalismo, enquanto consequência direta do Estado mínimo, o pressuposto da prosperidade econômica é a pedra angular. A única forma de regulação econômica, portanto, deve ser feita pelas forças do mercado, as quais seriam mais eficientes do que o Estado poderia oferecer.

⁶⁴ Immanuel Wallerstein. O declínio do poder americano, p. 61.

Seria de se esperar, então, que o encolhimento do Estado se refletisse em menor necessidade de financiamento e, portanto, na redução dos impostos e da dívida pública. Entretanto, não foi isso o que ocorreu, ou seja, o Estado, principalmente o brasileiro, continuou arrecadando muito, apenas tornando-se mínimo para os pobres, mas para os ricos o Estado é o máximo, já que se transformou no principal instrumento de valorização do capital financeiro pelo mecanismo da dívida pública.

Além do mais, o Estado Liberal se mostrou impotente para solucionar os graves problemas sociais, acentuando a necessidade de o Estado envolver-se diretamente com a sociedade.

Imaginou-se que uma maior participação do Estado na sociedade resolveria os problemas sociais, aparecendo o Estado máximo, sendo essa formulação teórica em sentido completamente oposto ao Estado mínimo. No Estado Máximo, percebe-se a massiva participação estatal na sociedade, como ocorreu nos estados totalitários.

Historicamente, é possível dizer que no decorrer da I Guerra Mundial nasceu o totalitarismo, surgindo com a necessidade de direcionar a produção industrial para as demandas geradas pela guerra. Nestes Estados, o governante, sob a justificativa de agilizar as decisões importantes em tempos de guerra, acumulou poderes e funções típicas do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Argumentava-se que quando voltasse a paz esses poderes seriam retornados à distribuição democrática usual. Mas não foi isso que aconteceu.

O Estado com Executivo forte e Legislativo debilitado, que se constituiu durante a Primeira Guerra, acabou sendo a semente do modelo de Estado autoritário que surgiria na década seguinte.

Os partidos políticos existentes nesses estados totalitários, quando existem, não passam de meras máquinas políticas vinculadas ao sistema burocrático estatal, máquinas políticas essas destituídas de um programa político concreto, real, visando os interesses da nação e da sociedade como um todo. Tanto as experiências com o Estado

mínimo e com o Estado máximo não foram eficientes para resolver sérios problemas sociais das sociedades contemporâneas.

A seu turno, o Estado social contemporâneo procura buscar o ponto intermédio entre a indiferença e a excessiva ingerência do Estado na sociedade, incluindo o setor da economia. Não se proíbe o direito de os indivíduos promoverem os meios de sua riqueza, mas não se lhes garante a liberdade irrestrita, sem as necessárias amarras do poder público.

O aumento do fosso social das desigualdades (sociais e culturais), das injustiças e o crescente clamor dos oprimidos são as razões da Revolução Russa (1917).

Aqui vale destacar a oposição existente entre 'Estado social' e 'Estado socialista'. Neste último, a presença do Estado se faz de maneira mais imediata, de modo que oferece concorrência com a iniciativa privada, por meio de nacionalização de indústrias, por exemplo. Enquanto que o primeiro é marcado por atender às reivindicações da sociedade, proporcionando um estado de 'bem estar social', seja na área da saúde, previdência, direitos trabalhistas mínimos, estímulo à produção agrícola e industrial e etc.

A vigente Constituição Federal Brasileira de 1988 destina um título inteiro à ordem econômica e financeira e dele emanam as regras básicas que procuram delinear a relação jus política entre o Estado e a sociedade. O constituinte buscou uma posição intermediária na dita relação, nem deixando livre o setor econômico para a iniciativa privada, nem permitindo a apropriação dos meios de produção pelo Estado.

A Constituição Federal de 1988 se coloca entre o Estado Liberal e o Estado Social, não obstante existam meios de controle estatal sobre a economia, em determinadas circunstâncias, não desnatura o regime capitalista adotado na carta em vigor.

Eventual retorno ao Estado interventivo provoca arrepios e fundados temores ante a comprovação dos desperdícios e da corrupção que macularam as empresas vinculadas ao Estado.

Mas, se, por um lado, a sociedade receia o retorno da hipertrofia estatal, por outro se tem mostrado insatisfeita com alguns resultados decorrentes do processo de desestatização. A sociedade vive esse dilema.

Especificamente no campo do Direito do Trabalho, a Constituição Federal de 1988 conferiu-lhe o *status* de direito social. Além de conferir vários direitos aos trabalhadores, como por exemplo, proteção contra a despedida arbitrária (ou sem justa causa), seguro-desemprego (involuntário); FGTS; salário mínimo, nacionalmente unificado; irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; entre outros.

O Direito do Trabalho é um dos ramos do direito que é mais sensível às políticas de governo, pois trata diretamente com o indivíduo trabalhador e com a verba alimentar responsável pelo sustento físico, econômico e cultural da família, por isso é necessário entender as raízes e características desta relevante matéria jurídica especializada.

2 – CARACTERÍSTICAS, FONTES E HIERARQUIA NORMATIVA DO DIREITO DO TRABALHO

Em breves linhas, são características do Direito do Trabalho: *“socialidade, imperatividade, protecionismo, coletivismo, justiça social, e distribuição de riqueza⁶⁵”*, conforme lição de Francisco Meton Marques de Lima.

É socializante, pois tem a função de melhoria das condições de vida e trabalho dos empregados, ou seja, esse ramo do direito surge voltado para a proteção da qualidade de vida do empregado. E se mostra como protecionista quando busca oferecer

⁶⁵ Francisco Meton Marques de Lima, Elementos de direito do trabalho, p. 28.

tratamento diferenciado para o empregado, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova nas relações processuais.

Como expressão de justiça social e do coletivismo, o Direito do Trabalho possui tendência *in fieri*, ou seja, tendência à ampliação crescente do campo de atuação, de modo a abranger outras formas de trabalhos, como por exemplo, no Direito do Trabalho além da inclusão clássica do trabalhador remunerado, subordinado, não eventual e etc, acrescentou em seu ramo de estudo o trabalhador eventual e o temporário.

O direito do trabalho é instrumento de distribuição de riqueza no sentido de que as normas trabalhistas são intervencionistas, em clara interferência estatal na ordem econômica dos empregadores, limitando a vontade das partes e a liberdade contratual, conferindo proteção ao trabalhador hipossuficiente.

O Direito do Trabalho, no desempenho de suas funções, possui várias fontes, neste sentido Maurício Godinho Delgado inicia o estudo explicando o significado do termo.

a palavra fonte, como se sabe, comporta relativa variedade conceitual. Além da acepção estrita de nascente, o verbete é utilizado no sentido metafórico, traduzindo a ideias de início, princípio, origem, causa. Nesta acepção metafórica, fonte seria 'a causa donde provêm efeitos, tanto físicos como morais. A teoria jurídica captou a expressão em seu sentido metafórico. Assim, no plano dessa teoria, fontes do Direito consubstancia a expressão metafórica para designar a origem das normas jurídicas.⁶⁶

A ciência jurídica classifica as fontes do direito em dois grandes grupos, separados de acordo com a perspectiva de enfoque do fenômeno deste instituto. Trata-se da conhecida tipologia *fontes materiais e fontes formais*.

As fontes materiais são os fatos sociais, históricos, sociológicos e econômicos que mostram a necessidade de determinada regulamentação. As fontes materiais não têm força vinculante e são de baixa abstração (ou a contrário *sensu*, possuem alto grau de concreção), servindo apenas de inspiração para a criação da norma. Cita-se como exemplo as greves.

⁶⁶ Ob. cit., p. 136.

De outra feita, as fontes formais são verdadeiras exteriorizações das normas jurídicas. Portanto, são fontes formais os meios de revelação e transparência da norma jurídica, ou seja, os mecanismos exteriores e estilizados pelos quais as normas ingressam, instauram e cristalizam-se na ordem jurídica. Citam-se como exemplo as leis, os acordos coletivos e a Constituição da República.

Na doutrina, destaca-se uma discussão teórica e relevante sobre as fontes jurídicas formais acerca da unidade ou pluralidade dos núcleos de produção das fontes formais do direito. Trata-se do embate teórico da Teoria Monista *versus* Teoria Pluralista.

A primeira (monista) entende que as fontes formais derivam unicamente do Estado (positivismo), enquanto que a segunda (pluralista) afirma que existem outros centros emanadores de fontes formais.

Como se aceita, com certa tranquilidade, a corrente pluralista, é possível visualizar a seguinte subclassificação das fontes formais: fontes formais autônomas e fontes formais heterônomas.

As fontes formais autônomas são as regras cuja produção caracteriza-se pela imediata participação dos destinatários principais das regras produzidas. Entre estas se encontram os Acordos e as Convenções Coletivas de Trabalho que são figuras jurídicas típicas e específicas do Direito do Trabalho.

Segundo o artigo 611, *caput* da Consolidação das Leis Trabalhistas, a Convenção Coletiva tem a seguinte conceituação:

é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.⁶⁷

O Acordo Coletivo, segundo o artigo 611 §1º da Consolidação das Leis Trabalhista é compreendido como:

(...) uma faculdade conferida 'aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho'⁶⁸.

Por outro lado, as fontes formais heterônomas são as regras cuja produção não se caracterizam pela imediata participação dos destinatários principais das mesmas regras jurídicas. Citam-se como exemplo de fontes formais heterônomas as Leis Ordinárias, Medidas Provisórias, Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, Tratados Internacionais entre outros.

Inobstante esse trabalho se dedicar com maior profundidade às Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, não seria prudente deixar de tecer alguns comentários acerca de outras fontes do direito do trabalho, tais como os usos, os costumes e algumas figuras especiais.

Em relação aos costumes e usos, o artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas os utiliza como forma de acolmatar lacunas, sejam normativas, axiológicas ou ontológicas. Apesar de inexistir lei, o costume é uma norma de conduta que as pessoas fazem, acreditando que aquela conduta é a correta. Os usos são diferentes dos costumes no sentido de que não há, mesmo que ideologicamente, a ideia de obrigatoriedade na prática de tal ou qual ação.

É possível exemplificar o costume, enquanto fonte do direito, no caso da gratificação natalina (ou 13º salário), que se tornou obrigatória por lei, após a costumeira e reiterada concessão aos empregados.

Dentro das fontes formais do Direito do Trabalho existem algumas figuras que, por sua natureza dúbia, oferecem dificuldades para classificá-las como fontes heterônomas ou autônomas, portanto são analisadas sob a alcunha de 'figuras especiais'.

A Jurisprudência é uma figura muito controvertida. Existe um embate doutrinário acerca da possibilidade de se incluir a jurisprudência como fonte formal do

⁶⁷ Artigo 611, *caput* da Consolidação das Leis Trabalhistas.

direito, a primeira corrente não a aceita como fonte, pois entende que a jurisprudência é a análise do caso concreto, o que inviabiliza a aplicação em outros casos.

Uma segunda corrente entende que pode ser incluída no rol de fontes do direito do trabalho, pois é indubitável a qualidade de comando geral que é exercido pelos órgãos jurisprudenciais. Portanto, a conclusão que se chega é que a jurisprudência não deveria ser considerada como fonte, mas na prática, em decorrência da força exercida pelas súmulas dos tribunais superiores, observa-se de forma indubitável que a jurisprudência vem exercendo o papel de fonte do direito.

Também em relação aos princípios existe divergência doutrinária sobre a inclusão, ou não, no rol de fontes do direito. A visão mais tradicional sustenta que o princípio jurídico serve para inspirar o legislador e intérprete (fonte material) e quando aplicado nos casos de lacunas seria fonte formal. Por outro lado, a visão mais moderna entende que os princípios, máxime os constitucionais, são utilizados como normas.

Em relação à doutrina, entende-se que não é fonte do direito, visto que é um conjunto de leituras sistemáticas sobre determinado tema, exercendo o papel de fonte material.

O estudo das fontes do direito do trabalho não pode ser considerado suficientemente completo sem o estudo dos critérios de inter-relação entre as fontes do direito. Ou seja, há uma hierarquia entre as mencionadas fontes?

Hierarquia importa em ordem ou gradação, segundo um claro critério, visto que a “estrutura da ordem jurídica é uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, em que uma norma do escalão superior determina a criação da norma do escalão inferior”⁶⁹.

Conforme o critério da teoria geral de Kelsen, lembrado por Maurício Godinho Delgado⁷⁰, sobre a hierarquia normativa, aplicável ao direito comum, os diplomas

⁶⁸ Artigo 611, §1º da Consolidação das Leis Trabalhistas

⁶⁹ Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, p. 221, *apud* Maurício Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, p. 176.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 176

normativos classificam-se, hierarquicamente, segundo sua maior ou menor extensão de eficácia e sua maior ou menor intensidade criadora do Direito.

Ainda sobre a teoria geral, há uma verticalidade fundamentadora entre os diplomas normativos, mediante a qual um diploma encontra respaldo e fundamento naquele que lhe é superior. A hierarquia fixa-se pela extensão da eficácia e intensidade normativa do diploma, concentradas essas qualidades mais firmemente na Constituição da República e, em grau gradativamente menor, nos diplomas normativos de caráter inferior. Esses dois critérios informam os princípios da constitucionalidade e da legalidade.

À luz desse critério, a hierarquia própria às fontes normativas componentes do Direito Comum é rígida e inflexível: nada agride a Constituição e, abaixo dessa, nada agride a lei. A pirâmide de hierarquia normativa apresenta-se com a seguinte disposição: Constituição, no vértice da pirâmide, acompanhada de emendas à Constituição. Em seguida, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias. Em seguida, decretos e diplomas dotados de menor extensão.

Vale destacar que o critério sobre a hierarquia normativa do direito comum não é aplicável na especificidade justrabalhista, ou seja, não é o critério hierárquico exposto por Kelsen, citado por , lembrado por Maurício Godinho Delgado, que é adotado no Direito do Trabalho, pelo menos não em princípio.

Neste sentido, vale destacar o ensinamento de Mauricio Godinho Delgado.

O critério normativo hierárquico vigente no Direito do Trabalho opera da seguinte maneira: a pirâmide normativa constrói-se de modo plástico e variável, elegendo para seu vértice dominante a norma que mais se aproxime do caráter teleológico do ramo justrabalhista. À medida que a matriz teleológica do Direito do Trabalho aponta na direção de conferir solução às relações empregatícias segundo um sentido social de restaurar, hipoteticamente, no plano jurídico, um equilíbrio não verificável no plano da relação econômico-social de emprego. Em tal quadro, a hierarquia de normas jurídicas não será estática e imutável, mas dinâmica e variável, segundo o princípio orientador de sua configuração e ordenamento⁷¹.

A questão suscitada acerca do critério normativo hierárquico não é meramente teórica, mas de extrema importância prática. Se levar em consideração apenas e

⁷¹ Ob. Cit., p. 178.

isoladamente o critério rígido e inflexível de Kelsen, o Direito do Trabalho se deparará com problemas cotidianos de difícil resolução.

Imagine-se que em decorrência de uma fonte formal autônoma qualquer (seja Acordo Coletivo, Convenção Coletiva, Regulamento de empresa ou outra fonte) determine que o valor da hora laborada em regime extraordinário será de 70% (setenta por cento) sobre a hora normal. Neste caso, poderia o empregador se escusar de efetuar o pagamento da hora extra sob a alegação de que a própria Constituição Federal ('diploma normativo máximo') estabelece a percentagem de 50%?

Claro que não, pois como visto, pelo menos em princípio, o ramo justralhista não utiliza como regra geral a teoria piramidal de Kelsen, mas trabalha com os conceitos de acumulação e conglobamento, que são fundamentados no **Princípio da Aplicação da Norma mais Favorável ao Trabalhador**.

Fica evidente que no ramo juslaboral Trabalho é comum o choque entre várias fontes do direito e qualquer critério que vise resolver esta problemática deverá proporcionar a maior objetividade, efetividade à aplicação do critério hierárquico do Direito do Trabalho. Neste sentido, deve-se analisar as teoria da acumulação e do conglobamento.

Para a teoria da acumulação, o que se propõe é a seleção e o fracionamento do conteúdo dos textos normativos conflitantes, retirando-se os preceitos de cada um, objetivando aplicar, por conseguinte, uma nova norma criada, a qual é totalmente favorável ao empregado.

Por outro lado, a teoria do conglobamento não permite o fracionamento de institutos ou preceitos jurídicos, pois cada conjunto normativo é apreendido globalmente, aplicando-se sempre o conjunto normativo mais favorável ao empregado.

O direito positivo não é fixo, imutável, cristalizado para todas as épocas, mas se sujeita às mesmas transformações decorrentes da evolução histórica que atingem as instituições.

Além das ‘fontes nacionais’, outra fonte que abastece o Direito do Trabalho é o Direito Internacional do Trabalho, o qual é uma tentativa de unificar as relações trabalhistas no mundo, sob a justificativa de oferecer dignidade ao homem, independente de sua localização no planeta. Para tanto, há um organismo internacional responsável para alcançar esse objetivo – a Organização Internacional do Trabalho.

3 – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

O que é a Organização Internacional do Trabalho? Para responder a esta indagação, nada melhor do que transcrever as palavras do Diretor Geral, Sr. Francis Blanchard, vejamos:

Naturalmente, a Organização Internacional do Trabalho não é um tribunal, porém, como consciência do mundo do trabalho, é um recurso. A ação do Comitê de Liberdade Sindical, da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações e da Comissão de Aplicação de Normas da Conferência corresponde ao dever absoluto que tem a Organização Internacional do Trabalho de ser precisamente esse recurso. (...) Com efeito, formulou-se a opinião, no curso desta Conferência, que a Organização Internacional do Trabalho deveria adaptar-se às realidades nacionais, ter em conta os programas nacionais e, como se disse, não entrar em conflito com as aspirações dos Estados-membros. Esta opinião merece reflexão, porque se encerra uma parte de verdade, também poderia levar a graves mal-entendidos. (...) Entretanto, se quer sustentar que a Organização Internacional do Trabalho deveria tomar como primeiro critério de sua ação a adesão às políticas nacionais até o ponto de esquecer os princípios fundamentais sobre os quais se baseiam, então – devo dizê-lo – semelhante concepção seria inaceitável, porque faria da Organização Internacional do Trabalho um organização flutuante, indigna dos seus ideais. Num tempo em que os ventos sopram com força, a Organização Internacional do Trabalho não pode ser um cata-vento que gire a seu capricho, conforme venham do Norte, do Leste, do Oeste ou do Sul. Ainda quando não pode ser insensível a isso, deve permanecer firme sobre os princípios fundamentais que foram subscritos por todos os Estados-Membros, sem exceção, ao associar-se à nossa Organização. O pacto assim concluído tem um alcance singular e uma grande significação, do ponto de vista da ação normativa da Organização Internacional do Trabalho, pacientemente construída por vossos países no seio desta Conferência há mais de sessenta anos.⁷²

A Organização Internacional do Trabalho⁷³ é uma agência ligada à Organização das Nações Unidas (ONU), especializada em matéria trabalhista. Tem

⁷² ‘Actas Provisionales’ cits. N. 6, 36, p. 9 in SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros Tratados*. 3ª ed. São Paulo: LTr, p. 264.

⁷³ Informações extraídas do site <http://www.oitbrasil.org.br/inst/struct/index.php> acessado em 02/10/2009.

representação paritária de governos dos 182 Estados-Membros e de organizações de empregadores e de trabalhadores.

A justificativa para uma legislação trabalhista internacional iniciou como resultado de pensamentos morais, éticos e econômicos sobre o valor do trabalho humano (custo) na revolução industrial.

Com sede em Genebra – Suíça, desde a data da fundação, a OIT tem uma rede de escritórios em todos os continentes. O seu orçamento regular provém de contribuições dos seus Estados-Membros, que é suplementado por contribuições de países industrializados para programas e projetos específicos. No biênio 2008-2009, o orçamento da Organização Internacional do Trabalho, aprovado pelo Conselho de Administração, foi de US\$ 594 milhões.

A Organização Internacional do Trabalho foi criada pela Conferência de Paz após a Primeira Guerra Mundial. A sua Constituição converteu-se na Parte XIII do Tratado de Versalhes.

Em 1944 a Organização Internacional do Trabalho adotou a Declaração de Filadélfia como anexo de sua Constituição, a qual, em síntese, preconiza que o trabalho não é mercadoria e que a liberdade de expressão e de associação é essencial para o desenvolvimento contínuo. A Declaração antecipou e serviu de modelo para a Carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Os seus principais objetivos são a paz, a justiça social e melhores condições de trabalho. E, para alcançar esses objetivos, possui como meios de ação a elaboração de normas e a cooperação técnica.

A Organização Internacional do Trabalho é dirigida pelo Conselho de Administração que se reúne três vezes ao ano em Genebra. Este conselho executivo é responsável pela elaboração e controle de execução das políticas e programas da Organização Internacional do Trabalho, pela eleição do Diretor Geral e pela elaboração de uma proposta de programa e orçamento bienal.

A Conferência Internacional do Trabalho é o fórum internacional que ocorre anualmente (em junho na cidade de Genebra) para discutir temas diversos do trabalho, adotar e revisar normas internacionais do trabalho e aprovar as políticas gerais e o programa de trabalho e orçamento da OIT, financiado por seus Estados-Membros.

O Secretariado (Escritório Central) da Organização Internacional do Trabalho em Genebra é o órgão permanente da Organização e sede de operações onde se concentram a maioria das atividades de administração, de pesquisa, de produção de estudos e de publicações, de reuniões tripartites setoriais e de reuniões de Comissões e Comitês.

A estrutura da OIT inclui uma rede de 5 escritórios regionais e 26 escritórios de área, além de 12 equipes técnicas multidisciplinares de apoio a esses escritórios e 11 correspondentes nacionais que sustentam, de forma parcialmente descentralizada, a execução e administração dos programas, projetos e atividades de cooperação técnica e de reuniões regionais, sub-regionais e nacionais.

O estudo dos principais instrumentos da OIT passa pela diferenciação entre Tratado Internacional e Convenção Internacional. O primeiro, Tratado Internacional, é um instrumento bilateral entre dois países⁷⁴ e as normas decorrentes do tratado serão aplicadas somente nos países que participaram da confecção.

Por outro lado, a Convenção Internacional não tem número determinado de participantes, sendo um instrumento multilateral. É considerado um pacto aberto, já que qualquer país poderá participar da convenção, mesmo não estando presente desde o momento da confecção do pacto.

As convenções são espécies de tratados, constituindo-se em documentos obrigacionais, normativos e programáticos aprovados por entidade internacional, a que aderem voluntariamente os seus membros.

⁷⁴ É possível a participação de mais de dois países, visto que o traço determinante para a caracterização do Tratado Internacional é determinação e individualização dos participantes.

O Direito Internacional conhece ainda dois outros tipos de diplomas, que têm, entretanto, um estatuto jurídico diferenciado. Trata-se da recomendação e da declaração.

A recomendação consiste em diploma programático expedido por ente internacional, enunciando aperfeiçoamento normativo considerado relevante para ser incorporado pelos Estados. A declaração também é diploma programático, embora expedido por Estados soberanos em face de determinado evento ou congresso.

Tanto a recomendação quanto a declaração não constituem fontes formais do Direito, não gerando direitos e obrigações aos indivíduos na ordem jurídica interna dos Estados celebrantes. Contudo, certamente têm o papel de fonte jurídica material, uma vez que cumprem uma relevante função política e cultural de induzir os Estados a aperfeiçoarem sua legislação na direção lançada por esses documentos programáticos internacionais.

Já os tratados e as convenções internacionais podem ser considerados fontes formais do Direito interno aos Estados envolvidos. Assim, irão se englobar no conceito de fonte normativa heterônoma, desde que o respectivo Estado-Membro lhe confira ratificação ou adesão.

Sobre a aplicação das normas da Organização Internacional do Trabalho, vale destacar:

O Estado é responsável, na esfera internacional, pelos atos de qualquer dos seus poderes que violem disposições de um tratado ratificado. E se a norma internacional, consoante a opinião de muitos juristas, perde eficácia no direito interno quando se atrita com preceito da Constituição nacional, não menos certo é que essa circunstância não pode isentar o Estado da responsabilidade pelo descumprimento do tratado".⁷⁵

A observação e o cumprimento aos tratados ratificados é o objetivo maior do Direito Internacional. Tanto que a Carta das Nações Unidas proclama, no seu preâmbulo, 'a necessidade do respeito às obrigações decorrentes dos tratados'. Neste mesmo sentido, o Tratado de Viena (1969), especificamente no artigo 27, dispõe que o Estado não poderá invocar o seu direito interno para justificar o não cumprimento de um tratado.

⁷⁵ Arnaldo Sussekind, *Convenções da OIT e outros Tratados*, p. 248.

Neste sentido, Wilfred Jenks expôs com sabedoria o seguinte:

do mesmo modo que a liberdade, no plano nacional, implica a existência de uma sociedade organizada, assim também, num mundo em que a interdependência é, a bem dizer, universal, a liberdade sob a égide do Direito pressupõe uma comunidade mundial organizada. Sem uma disciplina comum fundada sobre acordos mútuos, e sem uma fiscalização recíproca do respeito escrupuloso de tais acordos, não será possível por de pé instituições comuns eficazes sem as quais uma sociedade mundial organizada não pode existir.⁷⁶

A análise, mesmo que perfunctória, sobre a Organização Internacional do Trabalho revela que este organismo participa ativamente da produção de atos e normas que tentam unificar o tratamento dispensado aos trabalhadores ao redor do planeta.

Enquanto agente ativo no sistema de proteção ao trabalhador, a Organização Internacional do Trabalho deve ser considerada como uma fonte para o Direito do Trabalho, tanto que uma de suas principais contribuições é a possibilidade de ser ponto de convergência de construções teóricas sobre o direito laboral. Dentre os vários pensamentos, cogita-se sobre a existência de um conjunto mínimo de normas protetivas, o qual teria aplicação cogente nas relações jurídicas, independentemente do tempo e do espaço. A denominação dada ao instituto em questão seria núcleo rígido de Direitos Humanos Laborais.

4 – NÚCLEO RÍGIDO DE DIREITOS HUMANOS LABORAIS

Todo o conteúdo exposto no presente capítulo foi um preparatório para este tópico, o qual se inicia com o seguinte questionamento: existe um conjunto mínimo de direitos humanos, especificamente laborais, que são aplicados em todos os países? Inicialmente, vale transcrever a lição do professor Miguel Motejo sobre o tema:

Uno de los grandes logros jurídicos en el pasado siglo XX fue el reconocimiento de que la persona humana con independencia de su nacionalidad, género, raza, color, idioma, religión o convicción, origen étnico o social, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, opinión política o cualquier otra condición es titular de un conjunto de derechos básicos que deben ser respetados, protegidos u cumplidos por los Estados y por la comunidad internacional en su conjunto. Así,

⁷⁶ Wilfred Jenks, Proteção dos Direitos do Homem através da OIT, in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, p. 50 in Arnaldo Sussekind. Convenções da OIT e outros Tratados, p. 248.

los derechos humanos se convirtieron en una referencia esencial en los ordenamientos jurídicos⁷⁷.

Os Direitos Humanos alcançaram o *status* de autoaplicabilidade dentro dos ordenamentos jurídicos graças à importante contribuição dos direitos do trabalhador. A Constituição Mexicana (1917) e a Constituição de Weimar (1919) foram os primeiros textos de grandeza constitucional a elevar os direitos dos trabalhadores (ou direitos sociais) ao pico do ordenamento jurídico interno.

Neste mesmo período, no plano do direito internacional, se constituiu a Organização Internacional do Trabalho (1919) por meio do Tratado de Versalhes, o qual também reconheceu vários princípios fundamentais para o mundo do Direito do Trabalho. Com o fim da II Guerra Mundial, os Estados Membros da OIT elaboraram a Declaração de Filadélfia (1944), a qual ampliou o funcionamento deste organismo internacional e destacou a importância dos direitos empregatícios básicos nas sociedades contemporâneas.

Neste cenário, não foi surpresa a inclusão de um seletivo grupo de direito do trabalho na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), dentre os quais destacamos:

Artigo IV - *Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.*

Artigo XXIII –

1. *Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.*
2. *Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.*
3. *Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.*
4. *Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.*

Artigo XXIV - *Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.*

⁷⁷ Miguel F. Canessa Montejo, Revista del Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, Madrid, n° 72, 2008, p. 111.

Vale destacar que inúmeros outros tratados internacionais também elevaram os direitos do trabalhador à altura de direitos humanos e o interpretaram à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (apenas como exemplo: Declaração Americana dos Direitos do Homem – 1948, Protocolo de São Salvador – 1988, Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – 1981 etc).

A nomenclatura utilizada para identificar esse conjunto de direitos humanos dos trabalhadores é variada, entretanto a expressão ‘direitos humanos trabalhistas’ foi selecionado pelo Direito Internacional como a mais eficiente, encontrando aceitação em quase todos os idiomas (*‘labour human rights’* em inglês, *‘derechos humanos laborales’* em espanhol e *‘droits humains du travail’* em francês).

A análise do núcleo de direitos humanos do trabalho passa, necessariamente, pelo estudo dos regulamentos da Organização Internacional do Trabalho, assim será possível discutir sobre a existência deste núcleo rígido de direitos e também do respectivo conteúdo.

Esse tema é tratado pela Organização Internacional do Trabalho sob a nomenclatura de ‘direitos humanos fundamentais’ e ‘direitos fundamentais do trabalho’ para referir-se ao núcleo rígido de direitos.

A unificação da nomenclatura é importante, pois permite expressar com clareza a titularidade universal das pessoas sobre esses direitos, além de facilitar a compreensão do tema.

Afastada a problemática de divergência na terminologia, segue o conceito de direitos humanos do trabalho:

Así entiendo que los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo.⁷⁸

⁷⁸ Ob. cit., p. 113.

Inobstante o vasto reconhecimento dos direitos humanos do trabalho nos diplomas internacionais, persistem algumas fundadas críticas, especialmente a que ressalta a ampla lista de direitos, o que poderia prejudicar a aplicação destes direitos dentro dos Estados Nacionais.

Em resposta à problemática exposta, vários pensadores do direito internacional do trabalho, como Arnaldo Sussekind e Miguel F. Canessa Montejo, propõem a criação de um conjunto de normas centrais, as quais seriam mais precisas e fundamentais, que receberam o nome de '*núcleo duro de derechos*' ou '*core labour rights*'.

O termo núcleo rígido provém da física e se refere ao elemento central do átomo e a respectiva tradução para o mundo jurídico se conecta com os direitos essenciais inseridos dentro do grande rol dos direitos humanos.

Com a aceitação deste núcleo rígido de direitos humanos do trabalho, percebe-se claramente a existência de um conjunto de direitos necessários, indispensáveis e essenciais ao ser humano trabalhador.

Apesar da reconhecida importância deste núcleo de direitos humanos do trabalho, paira uma inquietante preocupação: qual deve ser o conteúdo deste núcleo?

O núcleo rígido de direito, como uma conduta padrão, é um instrumento internacional que define a extensão do direito humano no trabalho e serve de guia para as relações trabalhistas oferecerem um ambiente do trabalho civilizado, digno e sustentável. Esse núcleo rígido é universalmente aplicável independentemente do estágio ou da condição de desenvolvimento nacional e oferece um foco importante nas condições de trabalho e o papel do trabalho no desenvolvimento sustentável.

Esse padrão de conduta *standard* é amplamente aceito, tanto que existem várias Convenções e Regulamentos expedidos pela Organização Internacional do Trabalho. Uma das mais importantes contribuições desta agência foi o desenvolvimento de mais de 350 (trezentos e cinquenta) instrumentos, conjuntamente denominados de Código Internacional do Trabalho.

Realmente, a Convenção da Organização Internacional do Trabalho é um pacto internacional, e após ratificado, o Estado-membro concorda em transformar esse conteúdo em lei, colocá-la em prática e aceitar supervisão internacional.

Das 183 Convenções da OIT aprovadas até junho de 2001, as deliberações da estrutura tripartite da OIT designaram sete como fundamentais, as quais integram a **Declaração de Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho da Organização Internacional do Trabalho** (1998).

Estas sete convenções podem ser classificadas nos seguintes grupos de direitos:

a) O direito de liberdade sindical e de negociação coletiva dos interesses da categoria está presente nas **Convenções nº. 87 e 98**, as quais 'estabelecem o direito de todos os trabalhadores e empregadores de constituir organizações que considerem convenientes e de a elas se afiliarem, sem prévia autorização, e dispõem sobre uma série de garantias para o livre funcionamento dessas organizações, sem ingerência das autoridades públicas'.

b) O direito à igualdade no trabalho. Em relação a este direito, existem duas Convenções que merecem especial destaque: a **Convenção nº. 100** destaca a igualdade de remuneração entre os trabalhadores, independentemente do sexo, desde que o trabalho seja em igualdade de valor e eficiência e a **Convenção nº. 111** preconiza a formulação de uma política nacional que elimine toda discriminação em matéria de emprego, formação profissional e condições de trabalho por motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, e promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento.

c) A vedação do trabalho infantil. **A Convenção nº. 138** objetiva abolir o trabalho infantil, estipulando que a idade mínima de admissão ao emprego não deverá ser inferior à idade de conclusão do ensino obrigatório. A seu turno a **Convenção nº. 182**, que oferece diretrizes básicas para implementação de política pública para eliminação das piores formas de trabalho infantil.

d) Por último, o direito à vedação ao trabalho forçado. A **Convenção n.º 29** dispõe sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas. Admitem-se algumas exceções, tais como o serviço militar, o trabalho penitenciário adequadamente supervisionado e o trabalho obrigatório em situações de emergência, como guerras, incêndios, terremotos, etc. Por sua vez, a **Convenção n.º 105** sustenta a abolição do trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou de educação política; como castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas ou; como medida disciplinar no trabalho.

Além destas sete convenções que integram o conjunto de Declaração de Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho da Organização Internacional do Trabalho, alguns doutrinadores defendem a tese de que as matérias relacionadas à doença ocupacional e à segurança do trabalho merecem a inclusão no rol de direitos mínimos.

Esse conjunto de matérias possui o objetivo de eliminar riscos e doenças previsíveis e assegurar condições salubres e seguras de trabalho. Neste sentido, a Convenção n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho dispõe sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente do trabalho.

Há profundas divergências na doutrina jurídica sobre o conteúdo deste núcleo⁷⁹, mas vale conhecer a lição do professor uruguaio Américo Plá⁸⁰, que divide esse núcleo em duas dimensões: individual e coletiva. A primeira inclui os direitos a intimidade, direitos à liberdade do trabalho mediante a abolição de todo trabalho forçado, o direito a não sofrer qualquer discriminação no emprego, o direito à proteção na ordem econômica. E na dimensão coletiva, considera o direito à sindicalização, negociação coletiva e o direito à greve. Percebe-se que o professor Américo Plá adota um pensamento expansionista do conteúdo do núcleo duro de direitos humanos laborais.

⁷⁹ Como afirma o professor Américo Plá: “no hay un acuerdo generalizado sobre la forma de la enumeración y especialmente, sobre la clasificación de los derechos humanos en el ámbito laboral.” Plá, Américo. 1994: Los Derechos Humanos y la OIT. En Revista Derecho Laboral, Montevideo, tomo XXXVII, n.º. 173-174, *apud* Miguel F. Canessa Montejo. Revista del Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales p. 118.

⁸⁰ Américo Plá. 1994: Los Derechos Humanos y la OIT. En Revista Derecho Laboral, Montevideo, tomo XXXVII, n.º. 173-174, citado no livro Miguel F. Canessa Montejo. Revista del Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, p. 116.

Salvo melhor entendimento, a tese expansionista não se coaduna com o espírito que levou à criação doutrinária do núcleo duro, pois relaciona uma enorme lista de direitos humanos, o que prejudica o consenso internacional entre os países membros da OIT, entre os juristas e entre os demais intérpretes e aplicadores do direito internacional.

5 – O CONCEITO LEGAL DE TRABALHO ESCRAVO

Vários são os enfoques para a conceituação de trabalho escravo, daí a dificuldade em conceituar este instituto. Tanto é verdade que no Congresso Nacional tramita uma Proposta de Emenda Constitucional (nº. 438/2001) que não diz claramente o que é trabalho escravo. Este trabalho de conceituação fica com o Código Penal, que assim dispõe:

Artigo 149 - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Analisando o crime de sujeição de uma pessoa ao domínio de outra, o doutrinador Damásio de Jesus⁸¹, esclarece este tipo penal nos seguintes termos:

O legislador protege a liberdade em todas as suas formas de exteriorização. Não se trata de o sujeito submeter a vítima à escravidão. O texto legal refere a “condição análoga à de escravo”: fato de o sujeito transformar a vítima em pessoa totalmente submissa à sua vontade, como se fosse escravo. O tipo não visa uma situação jurídica, mas sim a um estado de fato.

O consentimento do ofendido é irrelevante, uma vez que a situação de liberdade do homem constitui interesse preponderante do Estado.

Em relação aos sujeitos do delito, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou passivo, ou seja, a norma não faz qualquer restrição quanto à qualidade pessoa do autor ou do ofendido. Entretanto, somente é punível quando houve dolo, que é representado pela vontade de exercer domínio sobre outra pessoa.

⁸¹ Damásio E. de Jesus, Direito Penal, p. 231.

O objetivo da PEC 438/2001, que aguardo a votação no plenário, é oferecer maior penalidade ao empregador de trabalho escravo, pela modificação do texto do artigo 243, que passaria a ser assim redigido:

Artigo 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas à reforma agrária, com o assentamento prioritário aos colonos que já trabalhavam na respectiva gleba, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo Único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e se reverterá, conforme o caso, em benefício de instituições e pessoa especializadas no tratamento e recuperação de viciados, no assentamento dos colonos que foram escravizados, no aparelhamento e custeio de atividade de fiscalização, controle, prevenção e repressão ao crime de tráfico ou do trabalho escravo.

Deve-se reconhecer o acerto do legislador em não conceituar trabalho escravo, pois utilizando conceitos abertos permite-se maior e mais frequente oxigenação axiológica do instituto independentemente de qualquer alteração legislativa.

A conceituação de trabalho escravo produzida pela Organização Internacional do Trabalho⁸², apesar de não ser mais abrangente do que a oferecida pela legislação pátria, possui o seguinte enunciado:

[...] toda a forma de trabalho escravo é trabalho degradante, mas o recíproco nem sempre é verdadeiro. O que diferencia um conceito do outro é a liberdade. Quando falamos de trabalho escravo, falamos de um crime que cerceia a liberdade dos trabalhadores. Essa falta de liberdade se dá por meio de quatro fatores: apreensão de documentos, presença de guardas armados e “gatos” de comportamento ameaçador, por dívidas ilegalmente impostas ou pelas características geográficas do local, que impedem a fuga.

É inquestionável que a proibição do trabalho escravo (e daquelas situações análogas) se mostra como ponto incontroverso dentro do núcleo de direitos protetivos.

Nesse sentido, destaca-se o ensinamento do professor Miguel F. Canessa Montejo:

⁸² http://www.oitbrasil.org.br/trabalho_forcado/brasil/projetos/documento.php, acessado em 01 de fevereiro de 2010.

*La lucha contra la esclavitud siempre ha convocado un amplio consenso mundial, la masiva ratificación de la Convención sobre la esclavitud y la Convención suplementario así lo evidencian. De igual modo, los convenios de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso han recibido un significativo número de ratificaciones en el mundo. Sin embargo, modalidades como el trabajo carcelario no se encuentran prohibidas por las normas internacionales, convirtiéndose en un tema controversial por las masivas denuncias de su explotación en cárceles de países asiáticos.*⁸³

Inconteste a concordância doutrinária sobre a existência de um núcleo rígido de Direitos Humanos Laborais e fixada a premissa do conteúdo deste núcleo, cabe compreender a eficácia desta proteção no ordenamento jurídico brasileiro.

6 – A EFICÁCIA DO NÚCLEO RÍGIDO DE DIREITOS HUMANOS LABORAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO DO BRASIL

A ausência de efetivos regulamentos e fiscalizações trabalhistas em nível internacional permite que corporações multinacionais tenham incentivos para sediar suas operações em países onde a mão-de-obra é mais barata e menos protegida.

As políticas governamentais são direcionadas a proporcionar um regulamento normativo trabalhista flácido e exploratório, tudo isso sob o manto desenvolvimentista.

Como visto a Organização Internacional do Trabalho não é um tribunal, porém, como consciência do mundo do trabalho, é um recurso. Inobstante a Organização Internacional do Trabalho possuir sistemas de controle da aplicação, tais como o Comitê de Liberdade Sindical, a Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações e a Comissão de Aplicação de Normas da Conferência, não há efetiva coerção jurídica, prevalecendo como uma sanção moral.

No plano internacional uma possível saída é a previsão de medidas coercitivas nos acordos internacionais pactuados entre dois países, os quais se comprometeriam a respeitar as condições trabalhistas mínimas (previamente acordadas) sob pena de sofrer determinada penalidade (também previamente acordada). Tal proposta respeitaria a soberania nacional.

⁸³ Miguel F. Canessa Montejo. Revista del Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, p. 117.

No plano interno, especificamente no Brasil, existe outro problema: qual o *status* adquirido pelo acordo internacional ao ingressar no ordenamento jurídico nacional?

Para iniciar o estudo sobre o tema, é importante voltar os olhos para a Constituição Federal de 1988, especificamente nos artigos 4º, inciso IX, 5º, § 2º, os quais dispõem:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

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 liberdade, à segurança, à propriedade, à vida e à igualdade, nos termos seguintes:

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

Parece ser claro que a parte final do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal incorporou, ao rol de direitos e deveres individuais e coletivos previstos no *caput* do artigo, os direitos e garantias decorrentes de tratados e convenções internacionais de que o nosso país seja parte e, assim, atribuiu a esses direitos e garantias a mesma hierarquia de norma constitucional.

Os direitos e garantias fundamentais decorrentes de tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte são, portanto, protegidos pela cláusula pétrea, conforme dicção do artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal⁸⁴.

Os constitucionalistas pátrios reconhecem a existência de três grupos de direitos individuais albergados pela Constituição: direitos individuais expressos elencados nos diferentes incisos do art. 5º; b) Direitos individuais implícitos são os que podem ser subentendidos do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal de 1988 e; c) Direitos individuais que derivam de tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

Mesmo diante da dicção do artigo 5º, § 2º em leitur a combinada com o artigo 60, § 4º, IV, ambos da Constituição Federal de 1988, vários doutrinadores e juristas sustentam a tese de que os tratados internacionais têm a mesma hierarquia de lei ordinária geral (natureza infraconstitucional).

Esse entendimento fundamenta-se na exegese do artigo 102, III, "b", da Constituição Federal, o qual confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar *"as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal"*.

Salvo melhor juízo, a tentativa de conferir *status* de norma infraconstitucional aos tratados internacionais esbarra em dois argumentos.

O primeiro está no fato de que a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar definitivamente a constitucionalidade de atos normativos decorre da sua condição de guardião da Constituição.

E, em segundo, aos tratados internacionais não se aplicam as regras de direito intertemporal para a respectiva revogação, porque são sempre atos de governo. Neste sentido, dispõe o artigo 49, I da Constituição Federal:

Artigo 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Portanto, em relação aos tratados internacionais não se aplica a norma contida no artigo 2º (e respectivos parágrafos) da Lei de Introdução ao Código Civil. Visto que o tratado vigora até que seja extinto por uma das seguintes hipóteses: execução integral; expiração do prazo previsto; verificação de uma condição resolutória; acordo mútuo; denúncia (renúncia unilateral); impossibilidade de execução.

Tentando resolver a polêmica em relação ao *status* do tratado internacional ao ingressar no ordenamento jurídico pátrio, o Congresso Nacional (no dia 8 de dezembro de

⁸⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

2004) promulgou a Emenda Constitucional nº. 45, acrescentando o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos:

§ 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.

Ficou patente o 'novo' *status* dos tratados internacionais, qual seja, o de emenda constitucional, desde que versarem sobre direitos humanos e devidamente aprovados por meio do respectivo processo legislativo (em dois turnos e por três quintos de votos nas duas Casas Legislativas).

O referido texto constitucional possibilita várias interpretações, dentre as quais destacamos:

a) os tratados deverão ser aprovados em conformidade com o mencionado processo legislativo;

b) somente os tratados que versam sobre direitos humanos serão aprovados de acordo com o mencionado processo legislativo;

c) somente os tratados que versam sobre direitos humanos equivalem às emendas constitucionais;

d) outros tratados, mesmo que aprovados com observância do processo legislativo teriam a hierarquia de lei ordinária geral;

e) os tratados e convenções internacionais aprovadas pela forma prevista na Constituição Federal têm a mesma hierarquia de norma constitucional.

De todas as alternativas, a que mais se harmoniza com o sistema constitucional como um todo e com a doutrina de cultores do Direito Internacional Público é a da letra "e".

Como efeito prático desta conclusão, é possível afirmar que no caso do direito ordinário contrariar tratados internacionais, chega-se à posição de que a lei infraconstitucional não terá validade. Observe que não se trata de revogação da norma nacional, a qual continua em plena vigência⁸⁵.

Uma questão presente na construção deste trabalho é a busca pelo aspecto prático e útil dos institutos postos em exame. Neste sentido, a efetividade do núcleo rígido de Direitos Humanos Laborais no ordenamento jurídico, como visto, extrapola as discussões meramente teóricas e os argumentos são variados.

Em primeiro lugar, porque o que se pretende proteger com o instituto do núcleo rígido de direitos humanos laborais é o próprio ser humano, especificamente aquelas pessoas que estão à margem da tutela jurisdicional. E isto não é objetivo e princípio fundamental da nossa República? Sem dúvida os Poderes institucionais devem oferecer esta tutela.

O Poder Judiciário, com todos os princípios protetivos e o facilitado acesso à jurisdição, cumpre com sua missão institucional, garantindo maior paridade nas relações jurídicas entabuladas.

Em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, não resta dúvida do incansável esforço de acompanhar os anseios da sociedade quanto à maior distribuição de justiça social. Entretanto, os pontos levantados neste capítulo se mostram como uma necessária discussão, a qual, fatalmente, guiará para novos horizontes de maior efetividade do núcleo rígido de Direitos Humanos Laborais.

O que se põe em debate é a utilização do núcleo rígido de Direitos Humanos Laborais como ferramenta de intervenção estatal na propriedade privada por meio do instituto denominado confisco, que é, em breves palavras, a transferência da propriedade privada para o Estado, sem qualquer indenização para o proprietário.

⁸⁵ Luis Flávio Gomes, Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica, p. 73 e ss

É fato que o instituto do confisco é conhecido por sua agressividade, portanto o campo de atuação é restrito, ou seja, atualmente somente é aceitável a expropriação confiscatória na hipótese de utilização do bem para o cultivo de plantas psicotrópicas.

Acredita-se que o desrespeito ao núcleo rígido de Direitos Humanos Laborais seja motivo justo para tal modalidade agressiva na propriedade. Entretanto, várias barreiras precisam ser desmontadas e a primeira é a falta de previsão constitucional que contemple tal possibilidade. E este é o foco do próximo capítulo: uma análise constitucional e administrativista sobre o tema.

CAPÍTULO III

A INTERVENÇÃO ESTATAL NA PROPRIEDADE RURAL PRODUTIVA COMO FORMA DE PROMOÇÃO DO NÚLCEO RÍGIDO DOS DIREITOS HUMANOS LABORAIS – O CONFISCO

Os Direitos Humanos se colocam em posição central no estudo interdisciplinar de qualquer ramo do direito, tanto que conferir máxima efetividade a princípios protetivos do ser humano, como o da dignidade, sem buscar amparo no conjunto doutrinário e legislativo dos Direitos Humanos é tarefa praticamente impossível.

A doutrina dos Direitos Humanos sofreu considerável desenvolvimento, o que pode ser notado com o surgimento de subtemas anexos aos Direitos Humanos, os quais apesar de ter aplicação restrita a determinados grupos de indivíduos tomam lugar de destaque na formulação de políticas públicas.

Um subtema que orbita os Direitos Humanos, e abordado por este trabalho, é o Direito Humano Laboral, que objetiva proporcionar melhores condições de trabalho para aquelas pessoas que colocam à disposição do empregador suas energias vitais.

Entretanto, pensar nos Direitos Humanos Laborais simplesmente como instrumento para melhorar a relação jurídica entabulada entre empregador e empregado é reduzir o alcance do instituto. É necessário relacionar o instituto com outros ramos do direito, para que todos sejam interpretados e aplicados com a maior efetividade possível.

Estudar os Direitos Humanos Laborais interdisciplinado com o Direito de Propriedade significa afastar a tradicional doutrina jurídica do pensamento liberal das Revoluções Francesa e Industrial e aproximar da garantia de respeito aos direito difusos e coletivos *lato sensu*, típicos deste novo século que se descortina.

É verdade que a interpretação do direito de propriedade está voltada para satisfazer os interesses e desejos do proprietário, mas não exclusivamente deste indivíduo, pois o uso da propriedade deve observar a devida função social do bem.

A função social que deve ser exercida pelo bem não é uma limitação irracional do direito de propriedade, mas sim uma necessidade de utilizar o bem de modo que tanto o proprietário quanto a sociedade absorvam, guardadas as devidas proporções, os benefícios daí decorrentes.

Esse é o pensamento pacífico e majoritário. Entretanto, o sistema jurídico brasileiro possui instrumentos legislativos acanhados para coibir e penalizar aquelas situações em que o proprietário gravemente desrespeita os Direitos Humanos Laborais.

É evidente que o desrespeito aos Direitos Humanos Laborais deve ser mensurado e a penalidade dosada em conformidade com o grau de disfunção social daí decorrente. Para aquela situação de menor ofensa o ordenamento jurídico pátrio possui instrumentos hábeis, como o instituto da servidão administrativa.

Contudo, diz-se que o ordenamento jurídico é acanhado quando analisado frente ao intenso desenvolvimento doutrinário da função social e aos anseios da sociedade moderna.

Também é possível se perceber a ineficiência legislativa quando o intérprete do direito se depara com problemas de mais alta gravidade, principalmente naquelas situações em que a dignidade do ser humano é vilipendiada por outro ser humano.

O desacato a garantias mínimas de respeito ao ser humano é frequentemente notado nas relações jurídicas trabalhistas, por isso a doutrina juslaboral concebeu a existência de um conjunto mínimo de normas e princípios que servem para proteger o trabalhador, enquanto contratante hipossuficiente, independentemente de sua localização geográfica e condição de desenvolvimento econômico do país. Trata-se do núcleo do rígido Direito Humano Laboral.

Ante a discordância sobre quais direitos deveriam compor tal núcleo, adota-se a corrente doutrinária mais restritiva, a qual advoga a tese de que é inadmissível a existência de trabalho escravo, ou em condições análogas, em qualquer lugar do planeta.

A utilização de trabalho escravo, ou em condições análogas, em imóvel rural para que o proprietário/empregador tenha maior margem de lucro, ou sob qualquer outra alegação, representa o máximo grau de disfunção da propriedade. Por isso, é preciso conhecer os institutos de Direito Administrativo para verificar se há algum instrumento de intervenção estatal na propriedade privada que consiga coibir esta prática.

1 – AS FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

Falar em intervenção estatal na propriedade privada costuma provocar calafrios, pois imediatamente a memória histórica relembra o sistema de governo socialista, em que o direito de propriedade era completamente afastado.

Entretanto este é um tema que merece ser analisado de perto, pois hoje o direito de propriedade não é interpretado estritamente sob o enfoque absolutista, liberal e puramente individualista, características do direito de propriedade do Código Civil de Napoleão.

O direito de propriedade sofreu nítida evolução, tentando alcançar a sabedoria existente no ponto intermediário entre o socialismo e a pureza do capitalismo.

Sobre a evolução do direito de propriedade, preciso é o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁶:

A propriedade, como o mais amplo direito real, que congrega os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de forma absoluta, exclusiva e perpétua, bem como de persegui-la nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, e cujo desmembramento implica a constituição de direitos reais parciais, evoluiu do sentido individual para o social.

Superada a fase que se seguiu à Revolução Francesa, na qual, como repúdio ao sistema feudal, reviveu, de forma exacerbada, a concepção puramente individualista do período romano, a propriedade foi sendo afetada, principalmente

⁸⁶ Ob. Cit., p.118.

a partir da segunda metade do século XIX, por crescente número de restrições impostas pelo Estado.

E continua:

Apenas, enquanto naquela época essas leis e regulamento se limitavam, quase exclusivamente, aos direitos de vizinhança, aos poucos o seu campo foi se ampliando, com a tendência para condicionar, cada vez mais, o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social. O princípio permanece, mas o seu alcance alterou-se profundamente, dando à propriedade sentido social então desconhecido. Hoje, prevalece o princípio da função social da propriedade, que autoriza não apenas a imposição de obrigações de não fazer, como também as deixar fazer (...).

A preocupação com o bem-estar da coletividade em contraste com a doutrina puramente liberal também foi captada por Marcelo Alexandrino⁸⁷, que traz a seguinte lição:

O Estado contemporâneo ostenta nítida preocupação com o bem-estar da coletividade, com a satisfação de suas aspirações. O Estado puramente liberal, adepto da doutrina da ampla liberdade privada (*laissez faire*), foi paulatinamente sendo substituído pelo chamado 'Estado do bem-estar social', de feição marcadamente social, voltado para a prestação dos serviços fundamentais à coletividade.

Ainda nesta esteira de raciocínio, o professor Marcelo Alexandrino⁸⁸ destaca que para alcançar o bem-estar social, é necessário que o Poder Público intervenha na propriedade particular, limitando alguns direitos e interesses privados em prol da supremacia do interesse público. E aqui se enfatiza uma das grandes forças motrizes do ato administrativo que intervém na propriedade privada: a supremacia do interesse público sobre o privado, sob pena de o ato ser considerado ilegítimo por ferir direitos individuais dos cidadãos.

O tema 'A intervenção do Estado na propriedade' pode ser encontrado em várias searas do Direito, em especial no Direito Constitucional, Direito Tributário, Direito Administrativo, Direito Agrário e no Direito Civil.

No próprio texto da carta magna há autorização desta intervenção estatal, pois se de um lado há a garantia do direito de propriedade, conforme dicção do artigo 5º, XXII

⁸⁷ Ob. Cit. p. 701.

da Constituição Federal⁸⁹, de outro a utilização do bem particular é condicionada à respectiva função social, conforme artigo 5º, XXIII da Constituição Federal⁹⁰.

Em vários outros dispositivos constitucionais percebe-se a preocupação do constituinte em conferir legitimidade ao Poder Público para intervir na propriedade privada, cite-se como exemplo a adequação da propriedade 'às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor' (artigo 182, § 2º da CF) e a requisição do bem particular no caso de iminente perigo público (artigo 5º, XXV, CF).

Fica claro que o direito de propriedade não é um direito absoluto, estando sujeito à intervenção estatal, que se fundamenta na função social da propriedade e na prevalência do interesse público, também conhecido como direito da maioria.

Por isso, inobstante o direito de propriedade ser um direito individual que confere ao proprietário os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de modo absoluto, exclusivo e perpétuo, este não pode ser exercido ilimitadamente, pois coexiste com direitos alheios, de igual natureza, cuja tutela é dever do Poder Público, ainda que em prejuízo do interesse individual.

Este dever do Poder Público em tutelar os interesses da coletividade é conhecido como poder de polícia e neste ponto há nítida mudança do enfoque no estudo do direito de propriedade, que é analisado a partir dos princípios de direito público.

Neste sentido é a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹¹:

Entra-se aqui na esfera do poder de polícia do Estado, ponto em que o estudo da propriedade sai da órbita do direito privado e passa a constituir objeto do direito público e a submeter-se a regime jurídico derogatório e exorbitante do direito comum.

O entendimento de que há nítida publicização do direito de propriedade também é acompanhada por José Cretella Júnior⁹², que assim leciona:

⁸⁸ Ob. Cit., p. 701.

⁸⁹ Artigo 5º, XXII - é garantido o direito de propriedade.

⁹⁰ Artigo 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

⁹¹ Ob. Cit., p. 120.

ao passo que o direito civil de propriedade confere ao titular cem por cento, vamos dizer, do *jus utendi, fruendi et abutendi*, o direito público da propriedade, que considera o bem dentro do conjunto maior, vinha reduzindo o *quantum* daquela fruição, porque observa a totalidade dos direitos de propriedade bem como a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social.

Percebe-se que o Estado, por meio do poder de polícia, possui instrumentos para intervir com legalidade na propriedade, assegurando que o bem comum exerça a respectiva função social, mediante a restrição dos direitos individuais que com ele conflitem.

O poder de polícia, como o direito de propriedade, também sofreu evolução, a qual representou uma ampliação de conteúdo e de extensão, já que inicialmente somente justificava a imposição de obrigação de não fazer e com o desenvolvimento teórico abarcou a possibilidade de impor obrigação de fazer, ou seja, impor o dever de utilizar o bem.

A interdisciplinaridade do direito de polícia e da função social da propriedade possibilitou o surgimento de duas correntes doutrinárias dentro do Direito Administrativo, conforme lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹³.

A primeira corrente continua vinculada à concepção do poder de polícia como atividade negativa, de modo que se impõe ao proprietário limitação ao exercício dos direitos individuais. Ou seja, a conceituação do poder de polícia ainda estaria restrita a obrigações de não fazer.

A segunda corrente entende que a função social da propriedade deve ser compreendida, frente ao poder de polícia, sob dois aspectos: o negativo e o positivo. Sob o aspecto negativo, a função social da propriedade consiste em obrigação de não fazer, abrangendo as limitações impostas ao exercício da propriedade para não prejudicar outros direitos fundamentais (como saúde, educação, segurança). Sob a ótica do aspecto positivo, a função social da propriedade implica em obrigação de fazer, ou seja, é um dever de utilizar a propriedade.

⁹² José Cretella Júnior, Tratado de Direito Administrativo, p. 51.

⁹³ Ob. Cit., p. 120 e 121.

Com acerto firma-se a segunda corrente, principalmente quando se analisa o dever de utilização do bem, enquanto desdobramento do aspecto positivo do poder de polícia. Entende-se por dever de utilização do bem a obrigação de gozar o bem de maneira adequada, como por exemplo, o adequado aproveitamento do solo e a utilização adequada de recursos naturais.

Com relação às limitações administrativas *lato sensu*, enquanto desdobramento do aspecto negativo do poder de polícia, a doutrina administrativista tradicionalmente apresenta as seguintes formas de intervenção do Estado na propriedade privada: servidão administrativista; requisição; ocupação temporária; limitação administrativa *stricto sensu*; tombamento; desapropriação e; confisco.

O próximo passo a ser dado é analisar cada instituto de intervenção estatal na propriedade privada sob o ponto de vista da conceituação e do campo de abrangência do instituto. Tudo isso para responder à seguinte indagação: a intervenção estatal possui instrumentos hábeis para intervir na propriedade privada quando nesta se observa a utilização de trabalho escravo (ou em condições análogas)?

As citadas formas de intervenção do Estado na propriedade privada são manifestações do poder polícia e neste sentido, destaca-se a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁴:

na realidade, tanto as chamadas limitações administrativas à propriedade (em sentido estrito), como a ocupação temporária, a requisição administrativa, a servidão administrativa e a desapropriação constituem formas de limitações do Estado sobre a propriedade privada, cada uma delas atingindo o exercício desse direito de maneira mais ou menos intensa, mas sempre com o objetivo de satisfazer o interesse público. Assim, em sentido amplo, as limitações administrativas abrangem todas essas modalidades; em sentido restrito, referem-se apenas àquelas imposta pelo poder de polícia do Estado, condicionando o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, sem implicar desdobramento dos poderes inerentes ao domínio.

A servidão administrativa ou pública, segundo lição de Hely Lopes, “é o encargo real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a

⁹⁴ Ob. Cit., p.121.

realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário”⁹⁵.

São exemplos de servidão administrativa: a instalação de redes elétricas, de redes telefônicas, e a implantação de gasodutos e oleodutos em áreas privadas para a execução de serviços públicos.

Esta primeira forma de intervenção estatal na propriedade privada está longe de ser um instrumento eficaz contra as situações de ofensa máxima ao necessário exercício da função social – leia-se a utilização de trabalho escravo, ou em condições análogas na propriedade privada.

As razões são variadas. Em primeiro, a servidão administrativa é um direito real de gozo e não um instituto de expropriação, por isso o proprietário não experimentará qualquer desfalque patrimonial expressivo. Em segundo, a servidão administrativa tem o objetivo principal de assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública.

Portanto, a servidão administrativa não possui qualquer efetividade nos casos em que a propriedade rural tenha utilização de mão de obra escrava, ou em condições análogas.

A requisição, ainda segundo lição de Hely Lopes, possui a seguinte conceituação: “é a utilização coativa de bens ou serviços particulares pelo Poder Público por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias”⁹⁶.

Essa requisição poderá ser civil ou militar. Esta última objetiva resguardar a segurança interna e a manutenção da soberania do país, enquanto a primeira espécie se ocupa em evitar danos à vida e saúde (entre outros bens, direito e interesses difusos) diante de catástrofes e acidentes.

⁹⁵ Ob. Cit., p. 624.

⁹⁶ Ob. Cit., p.627.

A requisição administrativa também não oferece resposta adequada à problemática exposta neste trabalho, qual seja a necessidade de instrumentos para coibir a utilização de mão de obra escrava, ou em condições análogas, em imóveis rurais.

A razão de ineficiência do instituto é evidente: a requisição administrativa somente será utilizada quando houver necessidades coletivas urgentes e transitórias, o que, salvo melhor juízo, é incompatível com proteção da dignidade dos homens e mulheres que trabalham situação degradante.

A ocupação temporária, segundo Hely Lopes, é “a utilização transitória, remunerada ou gratuita, de bens particulares pelo Poder Público, para a execução de obras, serviços, ou atividades públicas ou interesse público”⁹⁷.

Um bom exemplo de ocupação temporária ocorre quando a Administração necessita utilizar terreno privado para depósito de equipamentos e materiais destinados à realização de obras e serviços públicos nas vizinhanças. Também é possível utilizar como exemplo a utilização das instalações das instituições de ensino em período de eleição.

Este instituto também é completamente ineficiente para impedir a utilização de trabalho escravo, ou em condições análogas, em propriedade privada, seja em razão da transitoriedade do instituto ou em razão de não ser possível considerar a ocupação temporária como forma de expropriação por não implicar em perda de propriedade.

A limitação administrativa *stricto sensu*, segundo Hely Lopes Meirelles, “é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”⁹⁸.

É possível citar como exemplo de limitação administrativa a obrigação de respeitar (obrigação negativa universal – de não fazer) o recuo de alguns metros das

⁹⁷ Ob. Cit., p.629.

⁹⁸ Ob. Cit., p. 631.

construções em terrenos urbanos ou a proibição de desmatamento de área florestal, chamada de reserva legal, em propriedade rural.

Torna-se importante frisar que inobstante a limitação administrativa imposta pelo interesse público, como forma de limitar direitos individuais não há direito a indenização, que só é cabível quando o proprietário se vê privado, em favor do Estado ou do público em geral de alguns ou de todos os poderes inerentes ao domínio.

Neste sentido é a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁹:

Nas limitações administrativas, o proprietário conserva em suas mãos a totalidade de direito inerente ao domínio, ficando apenas sujeito às normas regulamentadoras do exercício desses direitos, para conformá-lo ao bem-estar social; a propriedade não é afetada na sua exclusividade, seu caráter de direito absoluto, pois o proprietário não reparte, com terceiros, o seus poderes sobre a coisa, mas, ao contrario, pode desfrutar de todos eles, da maneira que lhe convenha, até onde não esbarre com óbices opostos pelo público em prol do interesse coletivo.

Fica evidente que a utilização do instituto da limitação administrativa exerce importante papel para que o bem exerça a respectiva função social. Entretanto, é instrumento ineficaz para resolver eventuais problemas de disfunção social da propriedade por utilizar trabalho escravo, ou em condições análogas.

O tombamento é a intervenção na propriedade na qual o Estado busca proteger o patrimônio cultural brasileiro, seja histórico, cultural, artístico, arqueológico, científico ou etc. Está expressamente previsto no artigo 216, §1º da Constituição Federal, que assim dispõe:

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Segundo lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁰:

⁹⁹ Ob. Cit., p.127.

¹⁰⁰ Ob. Cit., p.133.

O tombamento é forma de intervenção do estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação nacional.

Há tombamento de imóveis, bairros ou cidades quando retratam fatos históricos ou aspectos culturais de relevância, como por exemplo, a Cidade de Goiás, no Estado de Goiás.

Inconteste que tanto o instituto do tombamento quanto qualquer outro instituto de intervenção estatal estudado nas linhas pretéritas são insuficientes para resolver a problemática trazida por este trabalho, qual seja a necessidade de instrumentos hábeis para intervir na propriedade privada em caso de emprego de mão de obra escrava, ou em condições análogas.

Restam ainda dois institutos de intervenção do Estado na propriedade: a desapropriação e o confisco. Em poucas palavras, tais procedimentos administrativos possuem uma importante característica em comum: ambos são formas de expropriação de propriedade. Entretanto, entre eles há uma marcante diferença, somente no primeiro há reposição do patrimônio do expropriado por meio de justa indenização.

Como ambos são forma de expropriação da propriedade privada, é possível que a resposta para a problemática central resida na aplicação destes institutos, isoladamente ou em conjunto. Mas para tanto, é necessário conhecer os detalhes e princípios reguladores destes atos expropriatórios, o que se dará nas linhas que seguem.

2 – A DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL RURAL PRODUTIVO

A fim de pesquisar sobre a eficiência, ou ineficiência, do instituto em análise – desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária – na coerção dos proprietários de imóveis rurais que desrespeitam a função social da propriedade por utilizar trabalho escravo, ou em condições análogas, é necessário um longo trajeto, o qual deverá passar pela análise constitucional e infraconstitucional do instituto.

O primeiro passo a ser dado é um breve retrospecto do surgimento e a evolução constitucional da desapropriação e, sobre a importância deste estudo, vale citar o ilustre português JJ Canotilho, para quem “saber ‘história’ é um pressuposto ineliminável do ‘saber constitucional’”¹⁰¹ (e seria possível dizer saber administrativista).

No ordenamento jurídico pátrio, a preocupação de regulamentar a forma do Estado expropriar bens particulares é antiga, podendo ser encontrada na primeira Constituição Brasileira de 1824, especialmente no artigo 179, inciso XXII, que garantiu o direito de propriedade em sua plenitude, mas previu a possibilidade de transmissão compulsório para o Poder Público nos seguintes termos:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indenizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá lograr esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

A parte final do artigo 170, inciso XXII da Constituição Brasileira de 1824 deixou para a lei ordinária a tarefa de “marcar os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação”. Por isso, a Lei 422 de 1826 definiu os casos de desapropriação, especificando as hipóteses de necessidade pública e de utilidade pública.

A Constituição de 1891, no artigo 72, § 17, manteve a tradição de assegurar a propriedade em sua plenitude, salvo “(...) a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

Na Constituição de 1934, o Constituinte garantiu o direito de propriedade (excluindo o termo ‘em sua plenitude’) e, assim, tal direito não poderia ser utilizado contra o interesse social ou coletivo. Outro ponto de destaque nesta carta constitucional foi o acréscimo dos adjetivos ‘justo’ e ‘prévio’ à indenização que deveria ser paga ao proprietário, conforme se nota na redação do item 17 do artigo 113:

¹⁰¹ José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p.17.

Artigo 113. (...)

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, **mediante prévia e justa indenização**. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Foi na Constituição de 1946 que se observa outro acréscimo importante na forma de indenizar o proprietário. Além da indenização por necessidade ou utilidade pública ser prévia e justa, também deveria ser paga em dinheiro, conforme se observa *in litteris*:

Artigo 141. (...)

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, **mediante prévia e justa indenização em dinheiro**. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

E não foi somente a obrigação de pagar a indenização em dinheiro que a Constituição de 1946 inovou. O artigo 147 previa a justa distribuição da propriedade em consonância com a idéia de supremacia do interesse social, portanto é possível afirmar que essa Constituição instituiu a desapropriação por interesse social, sob influência do princípio da função social da propriedade.

Essa é a redação do inovador artigo 147:

Artigo 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Foi pela Emenda Constitucional n.º 10, de 9/11/1964, que o Brasil criou outra modalidade de desapropriação por interesse social e que visava especificamente a reforma agrária, permitindo que a indenização fosse feita em títulos da dívida pública quando se tratasse de latifúndio, salvo as benfeitorias uteis e necessárias, que seriam pagas em dinheiro.

O processo de desapropriação para fins de reforma agrária foi regulamentado pelo Decreto-lei n.º 554 de 1969, mas foi revogado pela Lei Complementar n.º 76 de

1993, que hoje disciplina a matéria, juntamente com as alterações trazidas pela Lei Complementar n.º 88 de 1996.

A Constituição de 1967 manteve as mesmas hipóteses de desapropriação, às quais a Constituição de 1988 acrescentou uma nova espécie, a que permite aos Municípios desapropriarem imóveis que não atendam a função social, conforme dicção do artigo 184, §4º, inciso III.

O professor Hely Lopes¹⁰² conceitua desapropriação com as seguintes palavras:

a transferência compulsória de propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, artigo 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em título da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (CF, artigo 182, §4º, III) e de pagamento em título da dívida agrária, no caso de reforma agrária, por interesse social (CF, artigo 184).

Em comparação com as demais formas de intervenção do Estado na propriedade privada já analisados, fica evidente que a desapropriação é a forma mais gravosa, pois há efetiva transferência do domínio do bem particular, ou seja, é forma de aquisição originária da propriedade, tornando-se insuscetível de reivindicação e/ou quaisquer outros ônus que incidissem no imóvel.

Sobre os bens que podem ser objeto de desapropriação, o professor Marcelo Alexandrino¹⁰³ traz a seguinte lição:

em regra, a desapropriação poder ter por objeto qualquer espécie de bem de valoração patrimonial. O bem desapropriável pode ser móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo. Admite-se que a desapropriação incida sobre: o espaço aéreo; o subsolo; as ações, quotas ou direitos de qualquer sociedade e etc.

¹⁰² Ob. Cit., p. 599.

¹⁰³ Salvo a moeda corrente do país, pois esta é o meio de pagamento das indenizações decorrentes das desapropriações, e os direitos personalíssimos.

Inclusive bem público pode ser objeto de desapropriação pelas entidades estatais superiores, desde que exista autorização legislativa para tal ato expropriatório e seja observada a hierarquia política entre estas entidades.

Na atual Carta Magna, a permissão para a desapropriação está lançada no artigo 5º, XXIV, que dispõe:

a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Além desse regramento geral, encontra-se a legitimação constitucional para a desapropriação no artigo 184 da carta magna, que dispõe:

Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

No ordenamento infraconstitucional, destaca-se o Decreto-Lei nº. 3.365, de 1941 (desapropriação por utilidade pública), Lei nº. 4.132, de 1962 (desapropriação por interesse social), Lei nº. 8.629, de 1993 e Lei Complementar nº. 76 (desapropriação rural para fins de reforma agrária).

Conforme demonstrado, os diplomas normativos que regulamentam o ato administrativo de desapropriação possuem como pressuposto (i) a utilidade pública, (ii) a necessidade pública e (iii) o interesse social, dicção do artigo 5º, inciso XXIV e artigo 184, ambos da Constituição Federal de 1988.

A diferença doutrinária entre as hipóteses de desapropriação deve ser realizada com precisão, pois, assim como os demais institutos de intervenção do Estado na propriedade privada, cada modalidade de desapropriação deve ser levada em conta na tentativa de encontrar o instrumento hábil para combater a problemática proposta, qual seja, a devida sanção para a propriedade rural que não exerce a sua função social em decorrência do emprego de mão de obra escrava, ou em condição análoga.

Iniciando a análise com a desapropriação por utilidade pública, válida é a lição de Seabra Fagundes, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁴, para quem “há utilidade pública quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível”.

Haverá utilidade pública, após decreto do chefe do Poder Executivo (artigo 6º do Decreto-Lei nº. 3.365), quando a transferência do bem para o erário for conveniente, mesmo que não seja imprescindível. Cite-se como exemplo a desapropriação de um imóvel para construção de uma escola.

Como o Decreto-lei nº. 3.365/41 é o diploma legal que regulamenta a desapropriação por utilidade pública, vale transcrever o artigo 5º, que assim dispõe sobre o que se considera casos de utilidade pública:

Artigo 5º. Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;
- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;
- j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
- l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;
- m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;
- n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;
- o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
- p) os demais casos previstos por leis especiais.

¹⁰⁴ Ob. Cit., p. 137.

Sobre as hipóteses de desapropriação por utilidade pública, vale transcrever a seguinte lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁵:

As hipóteses de utilidade pública estão mencionadas no artigo 5º do Decreto-lei nº. 3.365/41, o qual, na letra *p*, menciona ‘os demais casos previsto por leis especiais’; o disposto nessa alínea é que tem servido de fundamento para a tese de que as hipóteses de desapropriação são apenas as taxativamente previstas na lei, não havendo possibilidade de o Poder Executivo criar outras, ainda que, a seu ver, se insiram no conceito doutrinário de utilidade pública.

Nota-se que a problemática proposta por este trabalho – imóvel rural em disfunção social por utilizar trabalho escravo, ou em condição análoga – não está contemplada pelo taxativo rol do artigo 5º do Decreto-lei nº. 3.365/41 como pressuposto para desapropriação por utilidade pública. Portanto, em razão do Princípio da Legalidade este instituto não responde satisfatoriamente à problemática central deste trabalho.

Em relação à desapropriação por necessidade pública, precisas são as palavras de Seabra Fagundes, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁶:

existe necessidade pública quando a Administração está diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não poder ser removido, nem procrastinado, e para cuja solução é indispensável incorporar, no domínio do Estado, o bem particular.

A necessidade pública surge de situações emergenciais, as quais requerem a desapropriação do bem, ou seja, para que tal situação se resolva satisfatoriamente é necessária a desapropriação do bem. Há necessidade pública na desapropriação de imóvel para construção de posto de alfândega em local de intenso tráfego internacional de pessoas, por exemplo.

Sobre as hipóteses de desapropriação por utilidade e necessidade, vale destacar o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁷:

No âmbito da legislação ordinária, o direito positivo atual define os casos de utilidade pública e interesse social, não mais mencionando as hipóteses de necessidade pública anteriormente previstas no artigo 590, § 1º, do Código Civil de 1916 (não repetido no Código Civil de 2002); estas últimas foram enquadradas

¹⁰⁵ Ob. Cit., p.163.

¹⁰⁶ Ob. Cit., p.287.

¹⁰⁷ Ob. Cit., p.163.

entre as de utilidade pública. Em síntese, o Decreto-lei n.º 3.365/41 fundiu em uma só categoria – utilidade pública – os casos de necessidade pública e utilidade pública, indicados no referido dispositivo do Código Civil.

Conforme lição da douta administrativista, a desapropriação por necessidade pública segue a mesma sorte da desapropriação por utilidade pública no confronto com a problemática central deste trabalho, ou seja, ambos são instrumentos ineficientes no combate à propriedade privada em disfunção social pelo uso de mão de obra escrava, ou em condições análogas.

Por fim, resta a desapropriação por interesse social e sobre a compreensão deste instituto, vale, novamente, buscar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando Seabra Fagundes¹⁰⁸, para quem:

ocorre interesse social quando o Estado esteja diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles diretamente atinentes às camadas mais pobres da população e à massa do povo em geral, concernentes à melhora nas condições de vida, à mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade.

A desapropriação por interesse social possui “três fundamentos constitucionais diversos, a cada um deles correspondendo, no âmbito da legislação ordinária, disciplina legal diferente”, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁹.

O primeiro fundamento da desapropriação por interesse social possui respaldo constitucional no artigo 5º, inciso XXIV e está disciplinado pela Lei n.º 4.132/62, que indica no artigo 2º os casos de interesse social, conforme se destaca:

Art. 2º Considera-se de interesse social:

- I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;
- II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;
- III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;
- IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;
- V - a construção de casa populares;

¹⁰⁸ Ob. Cit., p. 288.

¹⁰⁹ Ob. Cit., p.164.

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

É possível justificar a desapropriação do imóvel rural por interesse social que utiliza trabalho escravo ou em condições análogas, pois os incisos I e III do artigo 2º da Lei nº. 4.132/62 instituíram o trabalho como elemento caracterizador de interesse social. E esta tem sido o caminho jurídico trilhado pelos operadores do direito.

Entretanto, acredita-se que este raciocínio somente está sendo utilizado em razão de inexistir outra saída mais eficaz. O grande problema desta modalidade de desapropriação é a necessidade do erário público gastar recursos da sociedade com o pagamento de indenização pela propriedade privada. Vale destacar que a dignidade do trabalhador rural deve ser tutelada de forma enérgica, inclusive com a expropriação não indenizada da propriedade rural que utiliza trabalho escravo ou em condições análogas.

O segundo fundamento da desapropriação por interesse social possui respaldo constitucional no artigo 182 da Carta Magna, que trata de hipótese de desapropriação para atender à função social da propriedade expressa no Plano Diretor da cidade. Claramente esta modalidade de desapropriação não é o instrumento hábil que se procura para responder a questão central deste trabalho, pois esta hipótese é restrita ao ambiente urbano.

Por fim, o terceiro fundamento da desapropriação por interesse social, localiza-se no artigo 184 da Constituição Federal de 1988, prevê a possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária e que objetiva assegurar a função social da propriedade rural.

Os diplomas infraconstitucionais que regulam o tema são: Lei Complementar 76/93, alterada pela Lei Complementar nº. 88/96, pelos artigos 18 a 23 do Estatuto da Terra (Lei nº. 4.504/64) e pela Lei nº. 8.629/93, alterada pela Medida Provisória nº. 2.027/00.

O conceito de interesse social está intimamente conectado com o conceito de função social da propriedade. O caso típico de interesse social é a desapropriação para fins de reforma agrária, visto que tenta condicionar o uso da terra à respectiva função social.

O professor Benedito Ferreira Marques¹¹⁰ apresenta o seguinte comentário sobre Reforma Agrária:

A afirmação de que o Direito Agrário tem compromisso com a transformação, explica-se por sua preocupação primordial com a reforma agrária, cujo sentido maior reside na reformulação fundiária.

Mas o conceito de reforma agrária não se pende apenas ao aspecto da distribuição, da melhor distribuição das terras. É mais abrangente, porque envolve a adoção de outras medidas de amparo ao beneficiário da reforma, que são chamadas de “Política Agrária” (...).

Ainda conceituando o instituto da reforma agrária, vale destacar a lição de Raymundo Laranjeira¹¹¹:

O processo pelo qual o Estado modifica os direitos sobre a propriedade e a posse dos bens agrícolas, a partir da transformação fundiária e da reformulação das medidas de assistência em todo o país, com vista a obter maior oferta de gêneros e a eliminar as desigualdades sociais no campo.

Para Paulo Tominn Borges¹¹² a característica mais importante da reforma agrária é a previsão no texto constitucional de seu sentido funcional, conforme se observa nesta transição:

Sobreleva, portanto, o exame dos contornos constitucionais que circunscrevem o âmbito da reforma agrária. Assim, lembraríamos, em primeiro lugar, que a reforma agrária se caracteriza por ter, como finalidade, fazer cumprir o princípio da função social da propriedade imobiliária rural.

¹¹⁰ Benedito Ferreira Marques, *Direito Agrário Brasileiro*, p.163

¹¹¹ Raymundo Laranjeira, *Direito Agrário*, p. 28.

¹¹² Paulo Tominn Borges, *Institutos Básicos do Direito Agrário*, p.59.

Lembra o professor Benedito Ferreira Marques¹¹³ que não se deve excluir das características da reforma agrária a natureza punitiva da desapropriação, pois a indenização da terra nua é paga com Títulos da Dívida Agrária (TDA).

Neste mesmo sentido se posiciona Paulo Guilherme de Almeida¹¹⁴:

O descumprimento da função social do imóvel rural foi tido pelo constituinte como tão grave, que sua ocorrência enseja uma sanção severa.

De fato, é característica da reforma agrária que seu instrumento, a desapropriação por interesse social, assumia caráter punitivo para o expropriado, com a agravante representada pela forma de se pagar a indenização correspondente.

Isto não ocorre, em princípio, nas demais espécies de desapropriação, que se realizam não com conotação de sanção pelo mau uso da propriedade, mas sim em consideração a interesses públicos que sobrelevam o interesse individual do proprietário, havendo, pelo menos teoricamente, a recomposição do patrimônio pela indenização paga em dinheiro.

O artigo 16 do Estatuto da Terra informa que o objetivo básico da Reforma Agrária é promover a justiça social e o aumento da produtividade, conforme se observa da redação do mencionado dispositivo de lei.

Artigo 16. A Reforma Agrária visa a estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do país, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio.

Ainda dentro da conceituação legal da Reforma Agrária, vale transcrever o artigo 1º, I do Decreto 55.891, que assim dispõe:

Artigo 1º A Reforma Agrária a ser executada e a Política Agrícola a ser promovida, de acordo com os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, na forma estabelecida na Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, terão por objetivos primordiais:

I - A Reforma Agrária: a melhor distribuição da terra e o estabelecimento de um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, que atendam aos princípios da justiça social e ao aumento da produtividade, garantindo o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e

Sobre os objetivos da Reforma Agrária, precisas são as observações de Benedito Ferreira Marques¹¹⁵:

¹¹³ Ob. cit., p. 167.

¹¹⁴ Paulo Guilherme de Almeida, p.72 *apud* Benedito Ferreira Marques. Direito Agrário Brasileiro, p.167.

¹¹⁵ Ob. Cit., p.169.

Em verdade, não se pode limitar os objetivos da Reforma Agrária. Nem se pode reduzi-los a apenas ao atendimento do princípio da justiça social, à promoção do aumento da produtividade e ao estabelecimento de uma classe rural média estável e próspera. Os objetivos são muito mais abrangentes, pois não se deve olvidar que ela também se presta para aumentar o número de proprietários rurais, reduzindo o nível de concentração hoje existente; para estancar a fome de milhões de brasileiros que vivem na mais completa miséria, e muitos outros.

Entretanto, por mais nobres que sejam os fundamentos e os objetivos da expropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, o Poder Público não poderá interferir na propriedade privada sem estar amparado por ato normativo.

É a própria Constituição Federal que estabelece os limites de intervenção estatal para fins de expropriação de bens para reforma agrária, conforme dicção dos artigos 184 e 186, ambos da Carta Magna.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Após a leitura do artigo 184 da Constituição Federal, é possível afirmar que o objeto da desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, é o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social.

O comando presente no artigo 186 da Constituição Federal informa que a função social é cumprida quando o imóvel rural atende, simultaneamente, os seguintes requisitos, conforme lição de Bedito Ferreira Marques¹¹⁶:

- aproveitamento racional e adequado: este critério possui os mesmos requisitos para configuração da “Produtividade Produtiva” que, conforme Estatuto da

¹¹⁶ Ob. Cit., p.54.

Terra, correspondendo à observação dos níveis satisfatórios de produtividade, que é medido pelos graus de utilização (GUT) e de eficiência na exploração (GEE), fixados em 80% (oitenta por cento) e 100% (cem por cento) ou mais, respectivamente.

O professor agrarista Benedito Ferreira Marques¹¹⁷ ensina que o conceito de propriedade produtiva é objetivo e representado pelos seguintes institutos: grau de utilização e pelo grau de eficiência na exploração da terra, conforme dicção do artigo 6º da Lei 8.629/93, que assim dispõe:

Art. 6º Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

§ 1º O grau de utilização da terra, para efeito do caput deste artigo, deverá ser igual ou superior a 80% (oitenta por cento), calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel.

§ 2º O grau de eficiência na exploração da terra deverá ser igual ou superior a 100% (cem por cento), e será obtido de acordo com a seguinte sistemática:

I - para os produtos vegetais, divide-se a quantidade colhida de cada produto pelos respectivos índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

II - para a exploração pecuária, divide-se o número total de Unidades Animais (UA) do rebanho, pelo índice de lotação estabelecido pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

III - a soma dos resultados obtidos na forma dos incisos I e II deste artigo, dividida pela área efetivamente utilizada e multiplicada por 100 (cem), determina o grau de eficiência na exploração.

- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente: estes requisitos dão ênfase ao respeito ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável.

- observância das disposições que regulam as relações de trabalho: a doutrina mencionada entende que este requisito oferece proteção para qualquer relação de emprego e não somente as relações trabalhistas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas. Neste ponto há nítida preocupação em oferecer efetividade ao Princípio da Dignidade do Ser Humano.

¹¹⁷ Ob. Cit., p. 50.

- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores: o constituinte claramente está preocupado em resolver os conflitos existentes no campo, por isso elevou essa garantia para o *status* constitucional.

É possível sintetizar esses requisitos necessários para configurar a função social do imóvel rural em três grupos de exigências: (i) econômicos; (ii) sociais e, (iii) ecológicos, neste sentido vale transcrever o ensinamento de Benedito Ferreira Marques¹¹⁸:

A primeira refere-se ao requisito da 'propriedade produtiva', ou seja, o aproveitamento racional e adequado, já analisado. (...) A segunda abraça, a um só tempo, dois requisitos: a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e o favorecimento do bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais. A terceira cuida dos requisitos relativos à utilização dos recursos naturais e à preservação do meio ambiente.

Entretanto, a compreensão da desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária não é completa sem considerar o artigo 185 da Constituição Federal, que prevê a impossibilidade de desapropriação da pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra e a propriedade produtiva.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:
I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
II - a propriedade produtiva.

Após considerar os textos constitucionais que regulamentam este ato expropriatório, a doutrinadora Cristiane Lisita Passos¹¹⁹ levanta o seguinte questionamento: "Seria desapropriável o imóvel produtivo, mas que não cumpre os demais itens de função social? Essa pergunta tem gerado muitas discussões entre os doutrinadores. Alguns entendem que se pode desapropriar nesse caso; e outros, afastam essa possibilidade."

Parece claro que a resposta é negativa.

Seja por expressa determinação constitucional de que o imóvel produtivo não será objeto de desapropriação. E também pela necessidade de considerar a dicção do

¹¹⁸ Ob. Cit., p.56.

¹¹⁹ Lucas Abreu Barroso e Cristiane Lisita Passos. Direito Agrário Contemporâneo. Organizadores, p. 44.

parágrafo único do artigo 185 da Constituição Federal, que garante tratamento especial à propriedade produtiva, é possível concluir pela impossibilidade de desapropriar, para fins de reforma agrária, imóvel rural produtivo.

Corroborando este entendimento, Cristiane Lisita Passos¹²⁰ afirma o seguinte:

A princípio, é passível de desapropriação todo imóvel que não cumprir a função social conforme preconiza o artigo 184 da Constituição Federal. Verificadas as exceções do artigo 185, I e II e parágrafo único, conclui-se que, na verdade, a desapropriação de imóvel rural produtivo que não cumpra a função social não tem amparo legal sustentável, embora algumas opiniões divergentes.

Após conhecer as delimitações constitucionais da desapropriação para fins de reforma agrária, é necessário indagar acerca da eficiência do instituto no combate à prática de utilização de mão de obra escrava, ou em condições análogas, em propriedade rural.

Nos atuais limites constitucionais deste instituto, é possível concluir pela ineficiência da reforma agrária para proteger o núcleo de Direitos Humanos Laborais, conforme as seguintes razões:

Em primeiro lugar. O escopo básico da desapropriação para fins de reforma agrária está centrado na distribuição de justiça social e no aumento da produtividade, por meio da modificação da estrutura agrária. Para alcançar este objetivo, na prática se observa que o instrumento mais utilizado para implementar a reforma agrária no Brasil é a desapropriação de imóveis que não estejam cumprindo a sua função social, Conforme lição de Benedito Ferreira Marques¹²¹.

Inobstante a grandeza dos alvos da reforma agrária, o instituto está voltado para a organização do sistema fundiário, estrutura agrária e para alcançar essa finalidade tutela um conjunto vasto de direitos e interesses, como, por exemplo, ecológicos, econômicos e financeiros.

¹²⁰ Ob. Cit., p. 44.

¹²¹ Ob. Cit., p.169.

O objetivo deste trabalho é verificar a existência de um instituto de intervenção estatal que possua princípios e normas voltados para a tutela da dignidade do ser humano que foi coagido a trabalhar em condições de escravo, por isso a reforma agrária não deve ser utilizada como instrumento para intervenção na propriedade como forma de penalizar o proprietário que utiliza esse tipo de trabalho.

Em segundo lugar. Mesmo que se aceitasse a utilização da desapropriação para fins de reforma agrária como instrumento de repressão ao trabalho escravo, seria extremamente difícil reunir os requisitos necessários para justificar o manejo desta modalidade de desapropriação.

O maior problema encontrado para utilizar o instituto da reforma agrária para combater o trabalho escravo, ou em condições análogas, está expresso no parágrafo único do artigo 185 da Constituição Federal, o qual determina a impossibilidade de desapropriar imóveis rurais produtivos.

Em terceiro, a desapropriação para fins de reforma agrária, enquanto instrumento de intervenção na propriedade privada, prevê o pagamento de justa indenização ao proprietário como forma de recomposição de patrimônio.

Salvo melhor entendimento, a justa indenização pela expropriação da propriedade rural ao proprietário que vilipendia a saúde, a dignidade e liberdade de outro ser humano não é medida proporcional aos danos causados pela conduta criminosa do empregador.

Inobstante a desapropriação para fins de reforma agrária possuir características relevantes na proteção da sociedade, do meio ambiente e do ser humano trabalhador, essa forma de intervenção na propriedade privada não é instrumento hábil para coibir a utilização de trabalho escravo, ou em condições análogas. Portanto, vale iniciar o estudo da última forma de intervenção estatal na propriedade: o confisco.

3 – A INTERVENÇÃO CONFISCATÓRIA NOS IMÓVEIS RURAIS PRODUTIVOS QUE NÃO RESPEITAM O NÚCLEO DURO DE DIREITOS HUMANOS LABORAIS

No tópico anterior, ficou demonstrada impossibilidade, doutrinária e legal, de desapropriar para fins de reforma agrária imóveis rurais produtivos. Entretanto, é necessário oferecer maior segurança a esta conclusão, por isso vale pesquisar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o mais recente posicionamento sobre a celeuma em questão.

Apreciando o Recurso Especial nº 966179/MG (2007/0146533-1), a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra Denise Arruda, julgou improcedente o recurso interposto pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e manteve a sentença de primeiro grau de jurisdição, sob o fundamento de que **sendo produtivo, o imóvel rural é imune à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária**, como se observa no acórdão a seguir transcrito.

STJ-221844 – PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRODUTIVIDADE DE IMÓVEL RURAL. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. GRAU DE PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO EFICAZ DE FUNDAMENTO SUFICIENTE. SÚMULA 283/STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. omissis

2. Hipótese em que a sentença de primeiro grau de jurisdição, integralmente confirmada pelo Tribunal de origem, reconheceu a procedência da presente ação, na qual se busca comprovar que o imóvel rural em questão é produtivo, insuscetível, portanto, de desapropriação para fins de reforma agrária, por dois fundamentos distintos: (a) "o imóvel em questão era, tanto na época da vistoria administrativa impugnada como ao tempo da perícia judicial, produtivo e, por conseguinte, imune à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, nos termos do art. 185, II, da CR de 05.10.88, devendo-se, por conseguinte, declarar nulo o ato administrativo de vistoria, bem como dos demais atos deles subsequentes"; (b) "ainda que assim não fosse, ou seja, ainda, que fosse constatada a improdutividade do imóvel em questão, ou o descumprimento da sua função social, nos demais aspectos, a vistoria administrativa haveria de ser anulada, eis que fora considerado o imóvel como um todo, desconsiderando-se a sucessão hereditária ocorrida".

O entendimento sobre a impossibilidade de desapropriar imóvel rural produtivo para fins de reforma agrária é tão contundente que o Ministro José Delgado, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 838007/GO (2006/0073898-9), reconheceu a

impossibilidade jurídica do pedido de desapropriação, extinguindo o feito sem resolução do mérito. Assim foi redigida a ementa:

STJ-205611 – ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. PROPOSITURA DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE PRODUTIVIDADE. ACÓRDÃO QUE EXTINGUIU O PROCESSO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EM FACE DE NÃO CUMPRIMENTO DO PRECEITO CONSTITUCIONAL INSERTO NO ARTIGO 185 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Em exame recurso especial interposto pelo INCRA com base na alínea "a" do permissivo constitucional contra acórdãos assim ementados: "Administrativo. Ação de desapropriação para fins de reforma agrária. Imóvel considerado produtivo. Art. 185 da Constituição Federal. **Impossibilidade jurídica do pedido**. Sentença mantida. **1. Com o reconhecimento judicial da produtividade de imóvel rural, correta a extinção do processo, sem julgamento do mérito, pois a própria Constituição proíbe a desapropriação para fins de reforma agrária de imóveis com essa característica**. 2. Apelo e remessa improvidos" (fl. 455); "Processual civil. Embargos de declaração. Alegação de erro material. Omissão, contradição. Rejulgamento da causa. Efeito infringente. Prequestionamento. Questões não tratadas na apelação. Ausência de vícios. 1. O art. 535 prevê a oposição de embargos de declaração nas hipóteses de omissão, obscuridade e contradição. Tais vícios incoerrem no acórdão embargado. 2. No que se refere ao questionamento, não pratica omissão o acórdão que deixa de manifestar-se sobre matéria não versada no recurso ou para tentar forçar o reexame e questões já examinadas. 3. Os presentes embargos visam o rejulgamento da causa. 4. Embargos rejeitados." (fl. 476). Na petição recursal sustenta-se infringência aos artigos 535, 265, IV, "a" e 267, VI, do Código de Processo Civil e 6º e 9º da Lei 8.629/93 pelos seguintes fundamentos: a) ocorreu negativa de prestação jurisdicional em face de o acórdão não ter-se manifestado acerca dos equívocos do laudo pericial apontados na apelação; b) nulidade do decisório impugnado já que havia sido determinado pelo Juízo recorrido a suspensão da ação expropriatória até o julgamento da ação declaratória; contudo, posteriormente, extinguiu-se a ação de desapropriação antes do trânsito em julgado daquela; c) o laudo pericial da ação declaratória não conseguiu demonstrar a produtividade do imóvel uma vez que não seguiu os critérios determinados na Lei 8.629/93.

2. Não se conhece de recurso especial nos casos em que, havendo o acórdão impugnado se lastreado em fundamentos infraconstitucionais e constitucionais, o recorrente não interpõe recurso extraordinário. No presente caso, o recorrente não se restringiu a suscitar a preliminar de nulidade processual relativa à extinção da ação de desapropriação antes do trânsito em julgado da ação declaratória, mas adentrou, também, no mérito da própria ação de desapropriação, qual seja, a sua procedência em face da improdutividade do imóvel expropriado. Ora, ocorre que, no mérito, o acórdão ao desprover o apelo do INCRA fê-lo, também, com respaldo no artigo 185 da Constituição Federal, confirmando, in totum, o julgado que deu pela procedência da ação declaratória de produtividade, conforme se vê de sua ementa supra transcrita. Incidência do verbete da Súmula nº 126 desta Corte de Justiça.

3. Recurso especial não conhecido.

É de bom cuidado ressaltar que o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça ressoa em outros tribunais, cite-se como exemplo o Tribunal Regional Federal

da 1ª Região, que em análise ao Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.033395-5/GO confeccionou a seguinte ementa:

TRF1-149429 – PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMÓVEL DECLARADO PRODUTIVO. EXISTÊNCIA DE DECISÕES ANTERIORES QUE DETERMINARAM A DESOCUPAÇÃO DA ÁREA. ANULAÇÃO DA IMISSÃO DO INCRA NA POSSE. DESOCUPAÇÃO.

1. A decisão agravada nada mais fez do que cumprir o que já foi definido em sentença confirmada por este Tribunal e pelo STJ.

2. A Constituição prevê a impossibilidade de desapropriação para fins de desapropriação de imóvel produtivo.

3. Antes de efetuada a incorporação definitiva do imóvel à Fazenda Pública, não há que se falar em aplicação do art. 35 do Decreto-Lei 3.365/41.

4. Agravo improvido.

Mesmo que já se tenha abordado em linhas pretéritas o conceito de propriedade produtível, que é aquele imóvel que apresenta o grau de utilização (GUT) igual ou superior a 80% e o grau de eficiência na exploração (GEE) igual ou superior a 100%, é importante demonstrar que a jurisprudência pátria não destoa dos requisitos legais de produtividade presentes no artigo 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.629/1993, como se observa no seguinte julgado:

TRF1-129590 – ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. IMPLANTAÇÃO DE PROJETO TÉCNICO. LAUDO OFICIAL. GRAU DE UTILIZAÇÃO DA TERRA (GUT) E GRAU DE EFICIÊNCIA NA EXPLORAÇÃO (GEE). IMÓVEL PRODUTIVO.

1. É insuscetível de desapropriação, para fins de reforma agrária, a propriedade produtiva (art. 185, II - CF), assim entendida aquela que apresenta o Grau de Utilização da Terra (GUT) igual ou superior a 80% e o Grau de Eficiência na Exploração (GEE) igual ou superior a 100% (cf. Lei nº 8.629/1993 - art. 6º, §§ 1º e 2º).

2. Positivado no laudo pericial, cumpridamente fundamentado, que o imóvel em exame é produtivo, não é de alterar-se a sentença que o declara insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária.

3. "Não será passível de desapropriação, para fins de reforma agrária, o imóvel que comprove estar sendo objeto de implantação de projeto técnico que atenda aos seguintes requisitos: ... IV - haja sido aprovado pelo órgão federal competente, na forma estabelecida em regulamento, no mínimo seis meses antes da comunicação de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 2º" (cf. Lei nº 8.629/1993 - art. 7º, IV).

4. Sendo o projeto, na hipótese, anterior às comunicações de vistoria, não deve ser desconsiderado pelo expropriante a conta da não aprovação com a anterioridade legal de seis meses, quando a espera da aprovação - estando no momento em plena execução, com financiamento oficial -, por mais de um ano, no caso, não é debitada ao desapropriado. A Constituição não quis a desapropriação de imóvel rural produtivo.

5. Improvimento da apelação.

E esse é o ponto nevrálgico do trabalho. Vários institutos de direito administrativo para intervenção estatal na propriedade foram estudados individualmente e, após reflexão, foi possível concluir que nenhum deles representa alternativa eficiente para coibir a prática de trabalho escravo, ou em condições análogas, em propriedade privada rural produtiva.

O último instituto a ser analisado é a intervenção confiscatória e, para seguir a metodologia até então utilizada, o raciocínio iniciará com a conceituação e abrangência do instituto para depois verificar a possibilidade de utilizá-lo como instrumento de coação da propriedade privada que emprega mão de obra escrava, ou em condições análogas.

Segundo o Dicionário Jurídico Brasileiro de Washington dos Santos¹²², o confisco, enquanto perdimento de bens, possui a seguinte definição:

Confisco – S.m. Ato de confiscar; apreensão e transferência de bens ao fisco ou ao exequente (CP, art. 91, II).
Nota: Não confundir com desapropriação.

Como fica claro, o confisco tem evidente natureza de penalidade de caráter patrimonial e, historicamente falando, era utilizado de maneira indiscriminada. Mas, com a progressiva humanização do Direito Penal essa pena foi desaparecendo.

Na visão moderna o confisco é uma forma de expropriação em favor do Estado dos instrumentos e produtos de crime (*instrumenta et producta sceleris*), com o objetivo de bloquear os bens utilizados para a prática do crime ou que tenham sido angariados com a conduta ilícita.

Segundo lição de Edilson Pereira Nobre Júnior¹²³, essa é a definição de confisco:

instituto que consiste na retirada compulsória, por ato estatal, da propriedade particular, pertencente a uma pessoa física ou moral, sem o pagamento de qualquer indenização. Esta a nota através da qual melhor e com mais relevo é extremado da desapropriação.

¹²² Ob. Cit., p. 56.

¹²³ Edilson Pereira Nobre Júnior. Desapropriação para fins de reforma agrária, p.70

Divide-se em duas modalidades, quais sejam a política e a comum. Na primeira forma confiscatória a ablação da propriedade dá-se por motivos de ordem política. Não é objeto de previsão em nossa Constituição (...). O confisco comum se caracteriza diante da perda da propriedade em virtude da violação da lei penal ou administrativa.

A lição do professor Erico Hack¹²⁴ é no sentido de reafirmar a natureza do confisco como ato expropriatório, com nítido caráter de pena e independente de indenização, por isso o atual texto constitucional veda a ocorrência do confisco, conforme se observa no artigo 150 da Constituição Federal de 1988, que se encontra transcrito.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

É certo que não há confisco motivado por razões políticas ou ideológicas, entretanto, o ordenamento jurídico prevê uma única exceção e o professor Marcelo Alexandrino¹²⁵ ensina que:

a desapropriação confiscatória tem por fim a expropriação, sem qualquer indenização ao proprietário, de glebas em que sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, as quais serão destinadas ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.

A lição do professor de Direito Constitucional está amparada pela dicção do artigo 243 da Constituição Federal, que assim trata do confisco:

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Após o permissivo constitucional, a Lei nº. 8.257 de 1991 dispôs sobre a expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas, estabelecendo tanto normas de direito material como de direito processual.

¹²⁴ Erico Hack. Noções Preliminares de Direito Administrativo e Direito Tributário, p. 236.

Ainda no campo da legislação infraconstitucional, a Lei nº. 9613 de 1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores e sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei, também trata da perda de bens, direitos e valores, objeto de crime, como efeito da condenação, conforme redação do artigo 7º, inciso I.

Art. 7º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:
I - a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto de crime previsto nesta Lei, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

A Lei nº. 9.714 de 1998 corrobora o entendimento de que o confisco tem natureza jurídica de sanção, que é ultimada com a perda de bens. Este ato normativo alterou vários dispositivos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848), inclusive o artigo 43, responsável pela regulamentação das penas restritivas de direito, que ficou assim redigido:

Artigo 43. As penas restritivas de direitos são:
II – perda de bens e valores;

Como visto, o confisco é uma forma de aquisição coercitiva da propriedade privada pelo Estado, independente de qualquer compensação e com nítido caráter de penalidade, portanto, tal instituto somente deve ser utilizado em situações excepcionais, sob pena de prestigiar tiranias e indevidas projeções políticas.

O campo de atuação do confisco é extremamente restrito, por isso, ante lacuna normativa, não seria inteiramente errado concluir que este instituto também não serviria para coibir a utilização de mão de obra escrava. Entretanto, esta conclusão merece ser repensada, pois é preciso compreender o instituto do confisco de maneira interdisciplinar com outros ramos do direito, especificamente, neste caso, o direito do trabalho e o direito constitucional.

No capítulo anterior ficou evidente a aceitação, por parte dos doutrinadores do Direito Internacional do Trabalho, da existência de um conjunto mínimo de Direitos

¹²⁵ Ob. Cit., p. 733.

Humanos Laborais, chamados de núcleo rígido, que compreende alguns direitos mínimos para a proteção do trabalhador, independente de sua localização geográfica.

Segundo a compreensão adotada por este trabalho, a formação do núcleo rígido é reducionista, ou seja, adota-se a concepção de que apenas a proteção ao trabalho livre faz parte deste núcleo rígido.

O caráter reducionista não foi adotado para prestigiar o poder financeiro, por meio de mitigação das garantias ao trabalhador, como poderiam concluir de maneira açodada alguns pensadores do direito do trabalho. Adota-se o entendimento reducionista em virtude das incontáveis divergências doutrinárias, culturais, políticas e jurídicas existentes nos vários países.

Por isso, salvo melhor entendimento, a compreensão dada ao núcleo rígido de Direitos Humanos Laborais por este trabalho é uma imposição pragmática, com vistas à busca pela efetivação dos vários direitos constitucionais que garantem o trabalho livre. Tais normas constitucionais se constituem em verdadeiros direitos fundamentais da pessoa humana.

Para compreender o que são direitos fundamentais do ser humano, vale transcrever a lição do doutrinador José Afonso da Silva¹²⁶.

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.

E continua:

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição o mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular.

¹²⁶Ob. Cit., p.178 e 180.

Em relação à classificação dos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988, em seu Título II, os subdivide em cinco capítulos: direito individual e coletivo; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Além da classificação legal, a doutrina, segundo Alexandre de Moraes¹²⁷, apresenta outra classificação dos direitos fundamentais, a qual agrupa tais direitos em conformidade com a respectiva consolidação histórica. De acordo com esta classificação, os direitos fundamentais seriam de primeira, segunda e terceira gerações.

Os direitos de primeira geração são aqueles relacionados com a pessoa humana em relação ao Estado, tais direitos são caracterizados por uma obrigação de não fazer (ou prestação negativa) por parte do Estado, protegendo o indivíduo contra as arbitrariedades do Estado.

Por sua vez, os direitos de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais, pelos quais o Estado se obriga com uma prestação positiva em benefício da pessoa que necessite desses direitos.

Por fim, os direitos de terceira geração são os direitos transindividuais ou direitos coletivos, denominados direitos de solidariedade e fraternidade. Neste direito fundamental, o Estado tem obrigação de proteger a coletividade de pessoas.

Comentando esta classificação, Celso de Mello¹²⁸ leciona que

enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essência inexauribilidade.

¹²⁷ Ob. Cit., p. 94.

¹²⁸ STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – rel. Min. Celso de Mello.

Em relação ao núcleo rígido dos Direitos Humanos Laborais, a Carta Constitucional de 1988 é sensível no quesito 'tutela do trabalho livre', ficando evidente quando o poder constituinte dispensa vários artigos sobre o tema, elevando-os a *status* de direitos fundamentais.

Como dito, a Constituição Federal de 1988 tem o mérito de proteger a liberdade do indivíduo, entretanto, este diploma legal não inovou nesta matéria, já que a Declaração dos Direitos Humanos do Homem e do Cidadão, como ficou conhecida a Declaração de Direitos de 1789, tratou do tema.

A Declaração de Direitos de 1789 distinguiu entre direitos do homem e direitos do cidadão, de modo que os primeiros representam o homem, enquanto ser humano, e os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, ou seja, como indivíduo vivendo em sociedade.

A distinção entre direitos do homem e direitos do cidadão remete à oposição conceitual entre direitos naturais e direito civis. Os direitos naturais são inerente ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social, enquanto que os direitos civis são direitos pertencentes ao indivíduo como cidadão e proclamado nas constituições ou leis avulsas.

Portanto, havendo desrespeito ao núcleo rígido de Direitos Humanos Laborais (qual seja, a liberdade), qual grupo de direitos será violado? Direitos Naturais ou Civis? Será o homem ou o cidadão o sujeito passivo deste crime?

A resposta mais evidente parece ser que ambos os direitos serão violados.

Em relação aos direitos naturais haverá claro desrespeito, pois é completamente irracional e anormal a sujeição de uma pessoa por outra. E é este direito natural de liberdade que justifica a existência do núcleo rígido de Direitos Humanos Laborais, não havendo, em tese, qualquer necessidade de positivação para oferecer liberdade ao ser humano.

Também haverá reflexos nos direitos civis, que são conhecidos como liberdades individuais, pois em decorrência do contrato social, o Estado assumiu para si o dever e a responsabilidade de garantir a liberdade e a segurança individual.

É na lição de José Afonso da Silva¹²⁹ que se verifica a nocividade que a falta de liberdade pode causar nos direitos civis. Segundo o constitucionalista, a democracia, enquanto regime garantidor da realização dos direitos fundamentais, permite que a liberdade encontre campo de expansão.

Vale destacar que atualmente a escravidão assume outras formas que não o tradicional aprisionamento do indivíduo, afastando da tradicional concepção escravagista e aproximando-se de práticas neo-escravagistas.

Nesta nova forma de desrespeitar o ser humano não mais se utilizam correntes para prender o homem, mas sim ameaças físicas e terror psicológico.

A nova forma de escravidão abrange os degradantes alojamentos, falta de auxílio médico para os trabalhadores e ausência de água potável. Além destas agressões físicas, o neo-escravo também é preso psicologicamente ao empregador, que cria elevadas dívidas que serão pagas com a prestação do serviço degradante.

A liberdade que deve ser garantida ao indivíduo é irrenunciável, inegociável e intransferível, visto que compõe o direito de personalidade, cuja principal característica é a indisponibilidade.

O direito de liberdade é regra e princípio imediatamente eficaz e atual, na linguagem de JJ Canotilho¹³⁰, de modo que não é simplesmente norma para produção de outra norma, mas sim norma reguladora das relações jurídico-materiais. Ou seja, o dispositivo constitucional que oferece garantia da liberdade do trabalhador possui uma “normatividade qualificada”, com uma aplicabilidade direta.

¹²⁹ Ob. Cit., p. 234.

¹³⁰ Ob. Cit., p. 412.

Em conjunto com o direito de liberdade, é necessário considerar o Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana (presente no artigo 1º, III da Constituição Federal), que centra-se em um aspecto antropocêntrico, ou seja, o ser humano é colocado no centro das atenções do direito. E, neste sentido, vale destacar as brilhantes palavras de JJ Canotilho¹³¹:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídio étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da república significa, sem transcendência ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatório.

O português Jorge Miranda¹³² leciona que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana possui ampla aplicabilidade, que deve ser apostado na vida real e quotidiana do ser humano, independentemente do sexo, raça e idade. Neste sentido, apresenta a seguinte síntese das diretrizes básicas do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

- A - A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é dignidade da pessoa individual e concreta;
- B - A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher;
- C- Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa de igual dignidade das demais pessoas;
- D- Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- E - O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- F- Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;
- G- A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos;
- H - A dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidade públicas e às outras pessoas.

Vários atos normativos dão suporte ao ensinamento do professor português, tanto que o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma o seguinte:

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

¹³¹ Ob. Cit., p. 219.

¹³² Jorge Miranda. Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais, p. 472.

Partindo da verdade de que todos os homens “nascem livres e iguais em dignidade” e de que são “dotados de razão e consciência” deve-se refutar qualquer aceitação sobre a existência de relações escravagistas, ou análogas, nas quais um ser humano sujeita outro para absorver os resultados desta degradante forma de trabalho.

Inobstante a ordem econômica possuir como fundamento o Princípio da Livre Iniciativa (artigo 170, *caput* da Constituição Federal), esse princípio não serve de justificativa para a relação de domínio de um ser humano por outro. Isso em razão de que o princípio da livre iniciativa deve ser interpretado à luz do princípio da dignidade do ser humano, garantindo, assim, um mínimo existencial.

Lecionando sobre o Princípio da Livre Iniciativa, Eros Grau¹³³ traz a seguinte lição:

Livre iniciativa é termo de conceito extremamente amplo. Não obstante, a inserção da expressão no artigo 170, *caput*, tem conduzido à conclusão, restrita, de que toda a livre-iniciativa se esgota na liberdade econômica ou de iniciativa econômica. Dela – da livre-iniciativa – se deve dizer que expressa desdobramento da liberdade.

Sobre a relação existente entre o princípio da dignidade do ser humano e o princípio da livre iniciativa, vale destacar as palavras de Sérgio Luiz Soares Mariani¹³⁴:

Assim, começa-se a delinear uma área de contato mais extensa entre a livre-iniciativa e a dignidade da pessoa humana, área essa que permite uma melhor visualização dos motivos que levam os dois princípios a um entrelaçamento tão íntimo. Ora, a partir do instante em que a ordem econômica brasileira – fundada no livre-iniciativa, como encerra o artigo 170, *caput* – é integralmente subordinada a uma finalidade – a existência digna de todos – nada mais lógico que a livre-iniciativa receba uma concepção mais elaborada e precisa: a de que se rege, em última análise, pela liberdade, aqui tomada em seu sentido mais amplo. Destruindo-se as noções rudimentares de que livre-iniciativa (e, de forma complementar, livre concorrência) seria o estandarte de um vulgarmente conhecido “capitalismo selvagem”, alcança-se a noção não apenas de complementaridade entre livre-iniciativa e dignidade da pessoa humana, mas também a de subordinação da primeira à segunda.

¹³³ GRAUS, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 223, *apud* POMBO, Sérgio Luiz da Rocha (coordenador). Direito do Trabalho: reflexões atuais. Curitiba: Juruá, 2007, p. 90.

¹³⁴ Sérgio Luiz Soares Mariani. Dignidade da Pessoa Humana e Livre-Iniciativa, p.91 *in* POMBO, Sérgio Luiz da Rocha (coordenador). Direito do Trabalho: reflexões atuais. Curitiba: Juruá, 2007.

A relação de subordinação do princípio da livre iniciativa pelo princípio da dignidade da pessoa humana é completamente justificável, pois esse princípio faz parte do mínimo existencial, conforme lição do Ministro Eros Grau¹³⁵:

Embora assumida concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui ao lado do direito à vida, núcleo essencial dos direitos humanos.

Conforme lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal, o direito à vida ao lado do direito à dignidade da pessoa humana, enquanto direitos fundamentais, são incompatíveis com a utilização de trabalho escravo na propriedade rural imóvel.

É evidente que o direito à vida não pode ser considerado “apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva”, conforme lição de José Afonso da Silva¹³⁶.

O direito à vida deve ser interpretado como direito à existência, este envolvendo o “direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida e permanecer vivo”¹³⁷, ou seja, o indivíduo tem direito a uma existência digna, o que é incompatível com o trabalho escravo ou em condições análogas.

A utilização de trabalho escravo ou em condições análogas também desrespeita o direito à vida no sentido de que esta modalidade de labor agride a integridade física e moral do indivíduo, os quais fazem parte do conceito de direito à vida, conforme lição de José Afonso da Silva, para quem “agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo”¹³⁸.

E continua lecionando que “a vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais”¹³⁹.

¹³⁵ Ob. Cit., p. 217.

¹³⁶ Ob. Cit., p. 197.

¹³⁷ Ob. cit., p. 198.

¹³⁸ Ob. Cit., p. 199.

¹³⁹ Ob. Cit., p. 201.

É possível sustentar que a utilização de trabalho escravo ou em condições análogas desrespeita outro direito fundamental, o direito à liberdade (artigo 5º, *caput* da Constituição Federal).

Segundo a doutrina de José Afonso da Silva¹⁴⁰, existem duas espécies de liberdade. A primeira forma de liberdade é subjetiva, também denominada de liberdade interna, pela qual o indivíduo deve ter liberdade para exercer o livre arbítrio, manifestando vontade nas relações jurídicas.

Outra forma de liberdade é a objetiva, que “implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente”¹⁴¹, representando em liberdade de fazer o que entender conveniente. O trabalho escravo, ou em condições análogas, representa um aprisionamento do indivíduo, que vê cerceado o direito de locomoção.

Além dos direitos estritamente individuais serem vilipendiados pela prática de trabalho escravo, ou em condições análogas, os direitos sociais também são desrespeitados. E esse é o conceito de direito social proposto por José Afonso da Silva:¹⁴²

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Dentre os direitos sociais verifica-se que o poder constituinte erigiu o princípio do valor social do trabalho como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, ao lado do princípio da livre iniciativa.

¹⁴⁰ Ob. Cit., p. 233.

¹⁴¹ Ob. Cit., p. 232.

¹⁴² Ob. Cit., p. 286.

Fica evidente que a utilização de trabalho escravo, ou condições análogas fere direitos fundamentais da pessoa humana. E, como visto, não há no ordenamento jurídico pátrio nenhuma forma de o Estado intervir na sociedade para coibir, com eficiência, esta reprovável conduta.

Inobstante a ausência legislativa ainda há esperança, pois no Congresso Nacional tramita a Proposta de Emenda à Constituição Federal nº. 438 de 2001, conhecida como PEC do Trabalho Escravo.

A Proposta de Emenda, cujo autor é o Senador Ademir Andrade, tem como objetivo dar nova redação ao artigo 243 da Constituição Federal, estabelecendo a pena de perdimento da gleba onde for constada a exploração de trabalho escravo; revertendo a área ao assentamento dos colonos que já trabalhavam na respectiva gleba, de modo que o artigo 243 passaria a ter a seguinte redação:

Artigo 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas à reforma agrária, com o assentamento prioritário aos colonos que já trabalhavam na respectiva gleba, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e se reverterá, conforme o caso, em benefício de instituições e pessoal especializado no tratamento e recuperação de viciados, no assentamento dos colonos que foram escravizados, no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle e prevenção e repressão ao crime de tráfico ou do trabalho escravo.

A proposta é tão inovadora e harmônica com os Princípios Democráticos e Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, que a Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a dar parecer à proposta de Emenda à Constituição Federal sugere o acréscimo de um parágrafo 2º ao artigo 243, cuja redação seria a seguinte:

§2º Serão também expropriados sem qualquer indenização os imóveis urbanos assim como todo e qualquer bem de valor econômico nestes apreendidos em decorrência da exploração do trabalho escravo, observado, no que couber, o art. 5º.

Quanto ao histórico da tramitação desta proposta de emenda constitucional, observa-se que já houve aprovação no Senado Federal e na Câmara Federal a matéria

foi aprovada em primeiro turno no Plenário da Casa, entretanto, permanece à espera da votação em segundo turno, desde o ano de 2004.

Ainda na Câmara Federal, a bancada ruralista realizou emendas no projeto de alteração da Constituição Federal, especificamente para permitir que imóveis urbanos sejam alcançados pelo ato expropriatório, por isso a PEC 438/2001 deverá retornar ao Senado Federal após o segundo turno de votação na Câmara.

Em janeiro de 2008 foi criado o Movimento Nacional pela Aprovação da PEC do Trabalho Escravo, que reúne entidades da sociedade civil e parlamentares, pois há claro entendimento de que o Estado não possui instrumentos hábeis para combater com eficiência o trabalho escravo, ou em condições análogas, por isso propõe uma Emenda Constitucional para possibilitar o confisco de imóveis rurais produtivos.

E neste ponto é possível visualizar a colisão do Direito Fundamental de Propriedade e da Livre Iniciativa com o Direito Fundamental à Vida, Liberdade, Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos Sociais, já que o Estado expropriará imóveis rurais produtivos que utilizem mão de obra escrava ou em condições análogas.

E oferecer resposta para colisão de Direitos Fundamentais é sempre difícil, pois não há hierarquia entre as diversas normas constitucionais e o sistema jurídico é um todo harmônico, de modo que o conflito ocorre apenas na realidade fática e não no mundo do direito.

Foi o ilustre professor Miguel Reale¹⁴³ que, ao conceituar o 'direito' relembrou a importância da existência de regras para a sociedade, ao afirmar o seguinte:

todas as regras sociais ordenam a conduta, tanto as morais como as jurídicas e as convencionais ou de trato social. A maneira, porém, dessa ordenação difere de uma para outra. É próprio do direito ordenar de maneira bilateral e atributiva, ou seja, estabelecendo relações de exigibilidade segundo uma proporção objetiva.

Neste ponto, a lição dada pelo ilustre Miguel Reale sobre a tridimensionalidade do direito se mostra como eficaz instrumento de hermenêutica, visto que o 'direito' não é

somente a norma, mas sim a conjugação de três elementos: fato, valor e norma. Desta conjugação, é possível verificar um dos principais objetivos do 'direito': alcançar o 'bem comum', de modo que

não é a soma dos bens individuais, nem a média do bem de todos; o bem comum, a rigor, é a ordenação daquilo que cada homem pode realizar sem prejuízo do bem alheio, uma composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos'.

Na lição extraída do jusfilósofo brasileiro, o direito se compõe de três dimensões. A primeira compreende o aspecto *normativo*, entendendo o Direito como *ordenamento* e sua respectiva ciência. A segunda dimensão é o aspecto *fático*, de modo que o Direito se atenta para sua efetividade social, histórica e antropológica. E no terceiro lado há o elemento *axiológico*, ou seja, o Direito cuida de um *valor*, especificamente a Justiça.

A combinação dos três elementos é importante, pois

o Direito se caracteriza por sua estrutura tridimensional, na qual fatos e valores de dialetizam, isto é, obedecem a um processo dinâmico que aos poucos iremos desvendado. Nós dizemos que esse processo do Direito obedece a uma forma especial de dialética que denominamos de 'dialética de implicação-polaridade(...)'¹⁴⁴.

Segundo essa dialética proposta,

o fato e o valor nesta se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irreduzível ao outro (polaridade) mas se exigindo mutuamente (implicação) o que dá origem à estrutura normativa como momento de realização do Direito.¹⁴⁵

E continua:

se analisarmos essas três noções do Direito veremos que cada uma delas obedece, respectivamente, a uma perspectiva do fato (realização ordenada do bem comum), da norma (ordenação bilateral-atributiva de fatos segundo valores) ou do valor (concretização da idéia de justiça)¹⁴⁶.

¹⁴³ Ob. Cit., p. 66.

¹⁴⁴ Ob. Cit., p. 67.

¹⁴⁵ Ob. Cit., p.67.

¹⁴⁶ Ob. Cit., p. 67.

Sabendo que os fatos sociais – leia-se urgente necessidade de coibir trabalho escravo ou em condições análogas – clamam por uma solução, uma das maneiras de solucionar colisão de direitos fundamentais se dá pelo método da ponderação, pelo qual se realiza uma valoração nos bens e interesses envolvidos na colisão.

Pelo método da ponderação, após identificar o direito fundamental de maior peso dentre os direitos controvertidos, o interprete poderá: (i) optar pela redução bilateral das normas em colisão ou; (ii) realizar uma redução unilateral de uma das normas em colisão ou, por fim; (iii) excluir uma das duas normas em colisão.

Paulo Bonavides¹⁴⁷ apresenta o benefício desta solução:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso frequente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.

É importante destacar que a apresentada colisão dos direitos fundamentais não se resolve no campo da validade das normas, mas, sim na dimensão axiológica do peso. A exclusão do Direito de Propriedade e da Livre-Iniciativa se justifica em razão de não existir nenhum direito fundamental absoluto e ilimitado e os outros direitos fundamentais presentes na Constituição Federal são verdadeiras fronteiras para o exercício destes direitos excluídos.

¹⁴⁷ Ob. Cit., p. 386.

CONCLUSÃO

No desenvolvimento desta pesquisa a problemática proposta é confrontada pela aviltante realidade dos fatos e pela liberal tradição jurídica do ordenamento jurídico brasileiro. Após a ordenação lógica do tema é possível extrair as seguintes conclusões:

1 – O domínio do homem sobre o bem imobiliário rural é tão relevante para a sociedade que o Poder Constituinte originário incluiu a garantia à propriedade privada no texto da Constituição Federal brasileira, ao lado do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, conforme redação do *caput* do artigo 5º, Constituição Federal.

2 – A localização topográfica do direito de propriedade no artigo 5º da Constituição Federal não é irrelevante. Pelo contrário, ao tratar da propriedade privada dentro do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), o constituinte originário positivou-o com estatura constitucional de Direito Fundamental. E como tal, deve ser interpretado e aplicado.

3 – Falar em direito de propriedade significa pensar no princípio da livre iniciativa, de modo que ambos se complementam na geração de riqueza de um país.

Entretanto, não se deve analisar o Princípio da Livre Iniciativa, mesmo sendo um importante fundamento da ordem econômica, de maneira isolada. O próprio texto constitucional, especialmente no *caput* do artigo 170, é claro ao estabelecer a interdependência com a existência digna de todos e com os ditames de justiça social.

4 – Inobstante a natureza jurídica de Direito Fundamental da propriedade privada e do princípio da livre iniciativa, tais institutos experimentaram, nos últimos séculos, importante e expressivo desenvolvimento nas suas conceituações doutrinária e legal. Nota-se gradual afastamento da concepção estritamente liberal, pois a interpretação de tais institutos se deslocou do exclusivo deleite do proprietário para o ponto em que o uso e o gozo de bens e direitos absorvam a idéia de interdependência dos direitos subjetivos com os direitos transindividuais.

5 – É neste cenário que se encontra o contemporâneo conceito do Direito de Propriedade. Apesar do Direito de Propriedade ser alvo de intensa intervenção legislativa infraconstitucional, limitando a autonomia da vontade do proprietário (fenômeno conhecido como publicização), esta não é a principal característica do atual Direito Fundamental à Propriedade Privada.

6 – É possível concluir que a característica mais marcante deste direito é a constitucionalização da propriedade privada, a qual deverá ser exercida em consonância com outros Direitos Fundamentais, ou seja, há uma função social importante no exercício do direito de propriedade.

7 – Outro ponto conclusivo deste trabalho é a necessidade de tutelar o trabalhador rural que é submetido a escravidão ou condições análogas. Este é um esforço da doutrina nacional e estrangeira, tanto que a doutrina juslaboral visualiza a existência de um conjunto de direitos humanos laborais, os quais deveriam ser aplicados nas relações trabalhistas independentemente da localização do trabalhador no planeta.

8 – O mencionado conjunto de direitos é conhecido como núcleo duro de direitos humanos laborais. Entretanto, a efetividade desta concepção enfrenta alguns obstáculos abordados pela dissertação.

8.1 – O primeiro obstáculo é saber qual a fonte deste núcleo rígido. A conclusão alcançada é de que os atos normativos que o compõem são produzidos pela Organização Internacional do Trabalho.

8.2 – Em segundo, percebe-se que a Organização Internacional do Trabalho é entidade com ricas e vastas diretivas e regulamentos. Por isso, a posição adotada por esta dissertação é claramente restritiva, ou seja, apenas a proteção ao trabalho livre faz parte deste núcleo duro de direitos humanos laborais, inobstante a enorme quantidade de atos protetivos ao trabalhador. Para alcançar esta conclusão é preciso ter, como norte, o maior pragmatismo e aceitar que a conquista de direitos é algo gradual e este é o primeiro passo a ser dado.

8.3 – Em terceiro lugar, há o problema da efetividade do núcleo duro de direitos humanos do trabalho dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A conclusão obtida é a de que é necessário que o Poder Legislativo e o Poder Executivo internalizem os acordos internacionais para que surtam qualquer efeito jurídico na ordem interna.

9 – Dependendo da forma em que ocorre a nacionalização do núcleo duro de direitos humanos laborais, esse conjunto de normas protetivas poderá ter estatura constitucional e, por conseguinte, ser considerado como Direito Fundamental do trabalhador.

10 – Ao considerar a problemática proposta, trabalho escravo (ou em condições análogas) em imóvel rural, a colisão de direitos fundamentais fica latente. E neste ponto o trabalho obteve as seguintes conclusões:

10.1 – Dois grupos de direitos fundamentais são os atores da colisão. De um lado, há o grupo formado pela função social da propriedade e o princípio da livre iniciativa. E, de outro lado, estão o direito à vida, à saúde, à liberdade, a dignidade da pessoa e os direitos sociais.

10.2 – No caso posto em exame e considerando a Teoria da Tridimensionalidade do Direito, proposta por Miguel Reale, e a Teoria da Ponderação, chega-se à conclusão que os primeiros direitos fundamentais, propriedade e livre iniciativa, devem ceder espaço aos direitos que compõem o segundo conjunto normativo.

11 – Partindo da conclusão alcançada no tópico anterior, conclui-se também que inobstante a supremacia do direito à vida, saúde, liberdade, dignidade da pessoa e dos direitos sociais, não há no ordenamento jurídico pátrio nenhum instrumento legislativo hábil para reprimir, via expropriação do imóvel rural produtivo, o proprietário que gravemente avilta o trabalhador rural.

11.1 – Esta conclusão está alicerçada no estudo do Direito Administrativo, quando se pesquisaram todas as formas de intervenção do Estado na propriedade

privada, com especial destaque para a desapropriação e o confisco, por serem formas de expropriação agasalhados na Constituição Federal e desdobrados no Direito Agrário.

11.2 – Após traçar o esboço doutrinário acerca da desapropriação de imóvel rural produtivo, fica manifesta a incompatibilidade deste instituto para tutelar habilmente o trabalho livre, seja em razão do pagamento de indenização para o proprietário e pela ausência de princípios voltados exclusivamente para alcançar tal objetivo.

11.3 – O confisco também é instituto jurídico completamente inútil para resolver o problema proposto, pois este se caracteriza pela expropriação da propriedade imóvel sem o pagamento de indenização e apenas em situações excepcionais, como os bens adquirido em decorrência de conduta criminosa e de imóveis rurais com plantio de drogas entorpecentes.

12 – A ausência de instrumentos legislativos não significa que o Poder Legislativo seja omissivo em sua função institucional, pois tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº. 438 /2001 (conhecida como PEC do Trabalho Escravo), a qual visa permitir o confisco de imóvel rural que utiliza trabalho escravo, ou em condições análogas.

13 – Portanto, mesmo que no ordenamento jurídico ainda prevaleça uma liberal concepção das relações jurídicas, o que se reflete na ausência de instrumentos legais hábeis para tutelar o trabalho livre, via expropriação do imóvel rural produtivo, mas considerando os marcos teóricos propostos para a elaboração deste trabalho, é possível concluir que é urgente e premente a aprovação da referida PEC do trabalho escravo, pois assim o Estado poderá distribuir justiça social no campo quando se verificar a manutenção de trabalho escravo, ou em condições análogas.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16 ed., Editora Método, 2008.
- BARBOSA, Rangel Garcia. *As Imunidades Relativas aos Estados Estrangeiros no Direito Internacional e a Posição da Justiça Trabalhista Brasileira sobre o Tema*, São Paulo: Ed. LTr, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROSO, Lucas Abreu e PASSOS, Cristiane Lisita (Organizadores). *Direito Agrário Contemporâneo: Del Rey*, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo:Saraiva. 16 ed., 1994.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Editora Cone. 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo:Malheiros, 4 ed., 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal – Estado Social*. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed., Malheiros, 2000.
- BORGES, Paulo Tominn. *Institutos Básicos do Direito Agrário*. 6 ed., Saraiva: 1991.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol 1, ed. Saraiva, 3 ed., São Paulo, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 3 ed., Livraria Almeida, 1999.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 21 ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, direito das coisas; direito autoral*, volume 4, 2 ed., São Paulo: Saraiva: 2009.
- COUTINHO CAVALCANTI. *Reforma Agrária no Brasil*. São Paulo, Autores Reunidos, 1961.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Hermenêutica*. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 1994.
- DE LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso da Servidão Solitária*. 4 ed., 1987. Tradução: Laymert Garcia dos Santos.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Salário – Teoria e Prática*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. 16 ed. São Paulo, 2002. V.2.

_____. *Dicionário Jurídico*, vol. 3, São Paulo: Ed. Saraiva, 1998,

_____. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo:Saraiva, 2 ed., 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 17 ed., São Paulo: Atlas, 2004.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1979.

DIRVER, Stephanie Schwart. *A Declaração da Independência dos Estados Unidos*; tradução de Mariluce Pessoa. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

FARIAS, Valdez Adriani; PINTO JÚNIOR, Joaquim Modesto. *Função Social da Propriedade – Dimensões Ambiental e Trabalhista*. Brasília: NEAD/MDA, 2005, Série Debate, nº 2.

FACHIN, Odília. *Fundamentos de metodologia*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Estado Mínimo X Estado Máximo: O Dilema*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público (ISSN 1981-1888), nº. 12, dezembro / janeiro / fevereiro, 2008. Disponível na Internet: [HTTP://www.direitodeoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodeoestado.com.br/redae.asp)

FREITA JUNIOR., Antônio Rodrigues. *Direito do Trabalho – Direitos Humanos*. São Paulo: BH Editora, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002. V1.

_____. *Novo Curso de Direito Civil – Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Novo Curso de Direito Civil, vol IV: tomo 2*. São Paulo: Saraiva.

GARCIA, Eduardo Alfonso Cadavid. *Manual de sistematização e normalização de documentos técnicos*. São Paulo: Atlas, 1998.

GARCIA. Enéas Costa. *Responsabilidade civil nos meios de comunicação*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

- GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1995
- GOMES, Luis Flávio, *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*, São Paulo: Premier, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004. V.2.
- _____. *Direito das Obrigações – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Direito das Obrigações – Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2002 (Sinopses Jurídicas v.6, t.1 – Contratos).
- HACK, Erico. *Noções Preliminares de Direito Administrativo e Direito Tributário*. 2 ed. Curitiba: Ibpex, 2008,
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – 2º vol. Parte Especial*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- LAGE, Émerson José Alves & LOPES, Mônica Sette. *O Direito do Trabalho e o Direito Internacional*. São Paulo: Ed. LTr, 2005.
- LAHOZ, José Francisco Blasco. *La Reforma de la Seguridad Social: El Pacto de Toledo y su Desarrollo*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1997.
- LARA, Francisco. *Trabalho, educação, cidadania: reflexões a partir de educação entre trabalhadores – Rio de Janeiro: CAPINA/ CERIS/ MAUAD, 2003.*
- LARANJEIRA, Raymundo. *Direito Agrário Brasileiro*, São Paulo: Ltr, 2000.
- LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de direito do trabalho*. 10 ed. São Paulo: Ltr, 2004.
- LÔBO, Paulo. *A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro in Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil*. Gustavo Tepedino (org.). São Paulo: Atlas, 2008.
- MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. Ed. Universidade Católica de Goiás, Goiânia.
- MARTINS. Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21 ed. Editora Atlas: São Paulo, 2000.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MASSICCI, Carlos Espósito. *Imunidad del Estado y Derechos Humano*. Madrid: Thomson Civitas, 2007.

- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v.1.
- MIRANDA, Jorge. *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*. Portugal: Pirncípia, 2006.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*, 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MONTEJO, Miguel F. Canessa. *Los Derechos Humanos Laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral*. Revista del Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales – Derecho Social Internacional y Comunitario. Madrid: Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, nº 72.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 1999.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NERY JR., Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: RT, 2002.
- NERY JR., Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2008.
- NETTO, José Affonso Dallegre. *Inovações na Legislação Trabalhista – Reforma Trabalhista Ponto a Ponto*. 2 ed., São Paulo. Ed. LTr, 2002.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Desapropriação para fins de reforma agrária*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- PANADERO, Purificación Morgado. *Retos em la proección social de los mayores en Europa*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Derecho Social Internacional y Comunitario. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 72.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. V.2.
- PILATTI, Adriano. (2008), *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- PINTO FERREIRA, Luis. *Curso de Direito Agrário: de acordo com a Lei n.º 8.629/93*. 2ªed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. 1994: Los Derechos Humanos y la OIT. En Revista Derecho Laboral, Montevideo, tomo XXXVII, nº. 173-174, cita do no livro Miguel F. Canessa Montejo. Revista del Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales (p. 116).

- _____. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. 4 tiragem. São Paulo: LTr, 1996.
- POMBO, Sérgio Luiz da Rocha (coordenador). *Direito do Trabalho: reflexões atuais*. Curitiba: Juruá, 2007.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Nova fase do direito moderno*, 2 ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1998.
- RODRIGUES, SÍLVIO *Direito Civil*, volume 6 – Direito de Família, 23ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998
- SANTIAGO, Theo. *Do Feudalismo ao Capitalismo: uma discussão histórica / organização e introdução*. 10 ed., São Paulo: Contexto, 2006.
- SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- SODERO, Fernando Pereira. *Direito Agrário e Reforma Agrária*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: Ed. LTr, 2000.
- _____. *Convenções da OIT e outros Tratados*. 3 ed. São Paulo: Ed. LTr, 2007.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo (Organizador). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Temas de Direito Civil*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1998.
- VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.
- VEIGA, Antônio Jorge Motta. *Direito do Trabalho Internacional e Europeu*. Lisboa: Ed. SPB LDA, 1994.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos*. 8 ed., São Paulo: Atlas, 2008.
- WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. *O Declínio do Poder Americano*. Contraponto. Rio de Janeiro: 2004.

PESQUISA NA INTERNET

PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania tutelada . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3196>>. Acesso em: 17 jul. 2010.