

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NA ESPANHA – EXCERTO SOBRE O BINÔMIO DIREITO-DEVER

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WORK IN SPAIN – CONSTITUTIONAL EXCERPT ON THE BINOMIAL RIGHT-DUTY

*Alexandre Coutinho Pagliarini**

*Arthur Augusto Garcia***

RESUMO

Ao longo da história constitucional espanhola é possível perceber que o direito ao trabalho foi um dos seus pilares fundantes, sendo certo que na Constituição de 1931 ele lá se encontrava em menor escala, tendo sido grandemente recepcionado pela Carta de 1978, vigente atualmente com, a particularidade atual e transformou o direito ao trabalho também num dever ao trabalho. Para compreender essa novidade dicotômica (direito-dever) é importante analisar o contexto histórico da evolução das Constituições ao longo das duas Repúblicas, a responsabilidade do Estado e em específico o art. 35.1 do Texto Constitucional em vigor.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito do Trabalho. Direito Comparado.

ABSTRACT

Throughout Spanish constitutional history, it is possible to realize that the right to work has always been one of the founding pillars of this society, and was thus welcomed by the Spanish Constitution of 1978, currently in force. However, there is a particularity regarding this right, it is

* Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor Titular do Mestrado e da Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional (Uninter). Advogado. E-mail: alexandrepagliarini@terra.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5257-2359>.

** Mestrando em Direito na linha de Jurisdição e Processo na Contemporaneidade no Centro Universitário Internacional (Uninter). Bacharel em Direito pela PUC-PR. Professor de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Centro Universitário Internacional (Uninter). E-mail: arthur.brambillaa@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4797-8682>.

considered both a duty and a right, and in order to understand the dichotomy it is important to analyze the historical context of the evolution of the constitutions over the two Republics, the responsibility of the State and specifically the Article 35.1 of the current Charter.

Keywords: Constitutional Law. Labor Law. Comparative law.

RESUMEN

A lo largo de la historia constitucional española, es posible darse cuenta de que el derecho al trabajo ha sido siempre uno de los pilares fundadores de esta sociedad, por lo que fue acogido por la Constitución española de 1978, actualmente vigente. Sin embargo, existe una particularidad respecto a este derecho, se considera tanto un deber como un derecho, y para comprender la dicotomía es importante analizar el contexto histórico de la evolución de las constituciones sobre las dos Repúblicas, la responsabilidad del Estado y específicamente la Artículo 35.1 de la Carta vigente

Palabras clave: Derecho Constitucional. Directo del trabajo. Ley comparativa.

INTRODUÇÃO

O trabalho é uma categoria fundante da civilização humana, bem como é a base da construção de uma sociedade, sendo também necessário na construção da própria identidade do ser humano. Assim, desde o início das organizações humanas até a atualidade, o trabalho sempre esteve presente. Pode-se conceituar, de forma resumida, que o trabalho é a ação do ser humano ao transformar a natureza (matéria-prima), e é por meio dele que o homem sai de sua simples condição biológica para se manifestar como ser social na materialidade e de forma racional. Dessa forma, compreende-se que é por meio do trabalho, seja ele remunerado ou não (nos tempos pretéritos em que isso era possível), que os seres humanos se reafirmam enquanto seres sociais e transformadores da sociedade e o mundo.

Com o passar dos tempos e a valorização do trabalho remunerado, as conquistas sociais, verificadas principalmente a partir do início do século XX, o trabalho e outros direitos sociais passaram a fazer parte das Cartas Políticas. Neste contexto o trabalho foi inserido nos textos constitucionais como a liberdade de trabalhar, principalmente nas Constituição europeias da primeira metade do século XX, sendo então considerado como um meio de promoção de subsistência do homem. Todavia, não possuía ainda caráter de direito fundamental, fato este que lhe retirava qualquer instrumento de garantia. Criou-se, portanto, campo político-normativo para o surgimento da Constituição espanhola de 1978, que declara o trabalho como direito fundamental visto que o constituinte optou por inseri-lo no Título que elenca os direitos fundamentais da sociedade, característico das Constituições sociais da segunda metade do século XX.

Ao incorporar o direito ao trabalho no rol de direitos fundamentais da Constituição de 1978, os constituintes o fizeram juntamente com um dever de trabalhar, binômio este que já existia em alguns textos constitucionais, tais como os da França (1958), Portugal (1976) e Itália (1947).

O direito ao trabalho e o dever de trabalhar está previsto no art. 35.1 da Carta Maior, e declara que “todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre eleição da profissão ou ofício, à promoção através do trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer suas necessidades e as de sua família, sem que em nenhum caso possa-se fazer discriminação por razão de sexo”¹ o que, o torna extremamente complexo e justifica esse artigo.

Desta forma, primeiramente se analisará o contexto social da Espanha, por meio de seus Textos Constitucionais da I República, objetivando compreender como o trabalho era tratado pelo Estado. Posteriormente se verificará como as constituintes tratavam o direito ao trabalho e sua garantia pelo Estado a partir da II República, discorrendo sobre a jurisdição do trabalho na Espanha, chegando ao Texto Constitucional vigente e seu espírito.

É, então, a partir do art. 35.1 da Constituição espanhola de 1978 que surge a dicotomia entre o direito de obter um trabalho e o dever de trabalhar. É por causa desta relação direito-dever e em se levando em consideração o Texto Constitucional que se compreenderá quais são suas características, o espírito constituinte, e a responsabilidade do Estado na garantia e efetivação desse dever-direito.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL ESPANHOL

O direito ao trabalho na história do direito constitucional espanhol anterior a II República

Ao longo da história constitucional, as Cartas Magnas buscaram as funções de definir os direitos fundamentais e garantir a unidade política e a ordem jurídica do Estado, fundamentadas na legitimidade do poder. Outro propósito cumprido com maior ou menor intensidade por diversas Constituições, dependendo do momento político-ideológico pelo qual passam os Estados, é o de estabelecer ordenamentos sociais, econômicos e políticos. Por sua vez, a Declaração francesa de Direitos (1789) prescreve que “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*”², donde se conclui que para o debutante Direito Constitucional

¹ *Constitución Española 1978-1988*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, tomos I, II y III.

² FRANÇA. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789.

francês, sem direitos garantidos e sem separação dos Poderes, não se pode falar de modo algum em Constituição”³.

Inserido na Constituição espanhola de 1978, o modelo social é bastante abrangente e expressa verdadeiras regras de convivência social e econômica. Dentre as regras de trabalho se encontram o próprio trabalho como um direito do cidadão, mas também como um dever do Estado. Enquanto dever do Estado, deixa a Constituição espanhola espaço aberto para que do Estado se cobre trabalho e trabalho digno.

A fórmula do Estado social e democrático de Direito⁴ da Constituição espanhola é, de um lado, tributária, decorrente do Estado de Direito liberal, que reconhece o princípio da legalidade, a hierarquia regulatória e a proteção judicial efetiva, e, de outro lado, recebe, consolida e expande as correções que as correntes intervencionistas, como a do reformismo conservador e o socialismo de cátedra, introduziram na Constituição anteriormente marcada pelo liberalismo ortodoxo.

Na História do Direito constitucional comparado, podem ser citados dois textos importantes que consolidaram a superação do liberalismo individualista puro e simples; são eles: a Constituição Mexicana de Querétaro de 1917 e a Constituição da República de Weimar de 1919, e é nestas Leis Fundamentais que emerge, como um novo centro de imputação normativa, o trabalho humano e há o reconhecimento dele como direito fundamental, tanto de forma individual como coletiva.

Mas nem sempre foi assim na história do Direito Constitucional espanhol. Pode-se dizer que desde a sua origem até a Constituição da II República, apenas se encontra uma sutil aproximação ao trabalho, própria do ideário liberal, com o reconhecimento da liberdade de trabalho e indústria, bem como, da eleição de profissão ou ofício e não o direito ao trabalho propriamente dito. Na Constituição de Cadiz de 1812 há insignificantes referências ao trabalho, as quais podem ser exemplificadas no art. 25, que previa a suspensão “direitos do cidadão”⁵ para que estes passassem ao chamado “estado de empregado doméstico” ou para aqueles que não tinham “emprego, ofício ou modo de viver conhecido”⁶.

³ Segundo o art. 16 dessa Declaração de Direitos de 1789: “*Toute Societi dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assuré, ni la separation des Pouvoirs déterminée, n'apoint de Constitution*”. No mesmo sentido e na mesma altura, também a coeva Constituição americana, que na sua versão originária, em 1787, era praticamente só separação de poderes, logo passou também a ser, com a aprovação dos Aditamentos em 1798, direitos fundamentais e separação de poderes.

⁴ Cfr., sobre su alcance, MORALES, Ángel Garrorena. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Madrid, 1984. También E. CARMONA CUENCA. *El Estado social de Derecho en la Constitución*. Madrid, 2000.

⁵ O Título I da Constituição de 19 de março de 1812 limitava-se a aludir à “liberdade civil, propriedade e outros direitos legítimos de todos os indivíduos” que constituem a nação espanhola (art. 4º).

⁶ O art. 25.6º da Constituição de 1812 previa que “A partir do ano de 1830 aqueles que voltassem

Na Constituição espanhola de 1837 é apresentada uma lista de direitos dos cidadãos espanhóis onde havia, em seu art. 5º a declaração que todos “são admissíveis nos empregos e cargos públicos, segundo seu mérito e capacidade”, que era justificado como uma fórmula de alcançar a fortuna. Esse direito é reiterado também no art. 5º da Constituição de 1845 e volta a ser reconhecido na Constituição de 1856, contudo, acrescentando no art. 6º o esclarecimento de que “nenhuma distinção ou emprego público se exigirá a qualidade de nobreza”, trazendo então pela primeira vez ao texto constitucional espanhol alguma regulamentação quanto ao acesso ao trabalho, no caso, do emprego público.

Posteriormente, com a Constituição de 1869, foram introduzidos no texto constitucional os direitos coletivos de reunião e associação genérica (art. 17), de liberdade dos estrangeiros de trabalharem na Espanha (art. 25) e o direito de acessar empregos e cargos públicos por mérito e capacidade (art. 27).

Em 1873 adveio a Constituição Federal da República Espanhola, que vigorou por 9 meses, e previa em seu preâmbulo os genéricos direitos de reunião e associação e a liberdade de trabalho. Esta Constituição dispunha que “nada impedirá, suspenderá, nem dissolverá nenhuma associação cujos estatutos sejam reconhecidos oficialmente e cujos indivíduos não contratem obrigações clandestinas” (art. 25) texto este que era aplicado as associações de empregadores e de empregados. Havia também no art. 27⁷ a reiterada previsão de que os estrangeiros podiam estabelecer indústrias no país bem como de se dedicar a qualquer profissão no território espanhol.

A Constituição da Monarquia espanhola de 1876 proclamava em seu art. 12 que “cada um é livre para eleger sua profissão e de aprendê-la como melhor entenderem” e volta a reconhecer os direitos a “se reunir pacificamente” bem como o de “se associar para os fins da vida humana” (art. 13), e também o de “acender a empregos e cargos públicos segundo méritos e capacidades” (art. 15).

Desta forma, o Direito Constitucional espanhol do século XIX ao abordar a questão do trabalho o fez com perceptível moderação, uma vez que correspondia ao ideário liberal da época, e por este motivo o texto constitucional limitava-se a reconhecer o direito à liberdade de profissão ou comércio, bem como, de forma genérica, posteriormente à revolução de 1868, os direitos à reunião e associação, especificamente de empregadores e trabalhadores.

a exercer os direitos do cidadão deveriam saber ler e escrever”, com a massa de analfabetos ficou fora desses direitos (exceto que o constituinte otimista pensava que o analfabetismo teria sido erradicado em 1830).

⁷ Profissões “para cujo exercício as leis não exijam habilitações emitidas pelas autoridades espanholas”, conforme o referido art. 27.

O DIREITO AO TRABALHO NA HISTÓRIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL ESPANHOL A PARTIR DA II REPÚBLICA

A II República espanhola, tem início com a Constituição promulgada em 9 de dezembro de 1931, que rompe significativamente com a tradição que perdurava até então de tratar o direito ao trabalho e suas regulamentações de forma moderada, e insere decisivamente os direitos trabalhistas básicos em seu texto. Não se pode ignorar os precedentes dessa inserção que antecipavam na Espanha o reconhecimento dos direitos sociais no texto constitucional, de tal maneira que a consagração constitucional do modelo social em substituição ao pré-existente, que era liberal e individualista, advém de um processo árduo de propostas e medidas de caráter reformista iniciado no fim do século XIX, com o surgimento dos movimentos sindicais organizados.

Essas iniciativas, claramente inspiradas no intervencionismo humanista, foram responsáveis por criar, a partir da Primeira Guerra Mundial, uma forte corrente ideológica do corporativismo, na qual, ao buscar soluções intermediárias entre o individualismo liberal e o coletivismo marxista, criaram mecanismos conjuntos para a regulação do trabalho e a resolução de conflitos que, mais tarde, terminou por criar a *Organización Corporativa Nacional de Primo de Rivera*⁸.

Embora se trate de um antecedente frustrado, como muitos outros que tratavam sobre a matéria laboral na Espanha⁹, cabe destacar que o Anteprojeto da Constituição da Monarquia espanhola de 1929 abordou abertamente o reconhecimento dos direitos sociais, muito alinhado com a atenção dada pelo Ministro Aunós¹⁰ aos problemas trabalhistas do país. De fato, com a ditadura de Primo Rivera em 1923, em sua constituição foi agregado o reconhecimento tradicional da antiga liberdade de trabalho e escolha da profissão pelo cidadão espanhol, houve também a proclamação do dever do Estado de proteger o trabalho, garantir os “bens de família” e instituir mecanismos de segurança social, bem como reconheceu o poder regulador do Estado, o direito dos empregados de se associarem e da liberdade de greve, o que o texto constitucional chamou de liberdade de cessação do trabalho. Posteriormente, o anteprojeto constitucional de 1929 se propunha a endossar a organização corporativa do sistema de relações trabalhistas criadas no período em questão.

⁸ Vide: MELGAR, Alfredo Montoya. *Nuestra Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Madrid, 1992, p. 137 e ss.

⁹ Pense na longa série de projetos fracassados de Lei dos Contratos de Trabalho que ocorreram no primeiro quarto do século XX. Sobre eles: M.a T. MANCHA, Sonsa. *La emergencia del contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo: 1821-1924)*. Madrid, 2002.

¹⁰ Eduardo Aunós Pérez foi um político e pensador espanhol, doutor em Direito, regionalista catalão, secretário de Francisco Cambó, Ministro de Miguel Primo de Rivera e presidente da XII Conferência Internacional do trabalho celebrada em Gênova. GUITIEREZ, Cecilia Lázarro. *Biografía política y pensamiento social de Eduarco Aunós (1894-1931)*. Santander, 2002.

O direito ao trabalho na Constituição da República Espanhola de 1931

As cortes constituintes da II República adotaram uma constituição com um perfil considerado social, visto que há uma clara influência do Direito Constitucional de Querétaro e Weimar. Assim, conforme Melgar¹¹ “*por primeira vez en nuestra historia constitucional, se ocupa de un modo expreso y circunstanciado del trabajo asalariado*”. Já em seu início, a Constituição republicana anunciava sua atenção para o trabalho, definindo a Espanha como “*una República democrática de trabajadores de toda clase que se organiza en régimen de Libertad y Justicia*” (art. 1º)¹², já em seu Título III que elenca os direitos e deveres dos espanhóis, em seu capítulo I que trata das garantias individuais e políticas, estabelece a liberdade tradicional de escolher uma profissão (art. 33) e acesso a empregos e cargos públicos por meio de mérito e capacidade (art. 40), e por fim, estabelece os direitos dos espanhóis em “*sindicarse libremente*” e trazendo a obrigação dos sindicatos em proceder com o registro nos órgãos públicos (art. 39).

No Capítulo II, do mesmo Título I da Constituição de 1931, onde há a regulação da família, econômica e cultural, e importantes limitações do direito de propriedade (art. 44) há que se destacar o extenso art. 46 que estabelece:

El trabajo, em sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes.

La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de la mujeres y jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; las vacaciones anuales remuneradas; las conciones del obrero español em el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económica cojurídica de los factores que integran la producción, la participación de los obreiros em la dirección; la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores¹³. (grifo meu)

¹¹ MELGAR, Alfredo Montoya. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Madrid, 1992, p. 216.

¹² “Pela primeira vez em nossa história constitucional, trata-se de forma expressa e circunstancial do trabalho assalariado”. Já em seu início, a Constituição republicana anuncia a sua atenção ao trabalho, definindo a Espanha como “uma República democrática dos trabalhadores de todas as formas que se organiza sob o regime de Liberdade e Justiça” (tradução livre).

¹³ O trabalho, nas suas diversas formas, é uma obrigação social e gozará da proteção da lei. A República assegurará a todos os trabalhadores as condições necessárias a uma existência digna. Sua legislação social regulará: os casos de seguro doença, acidente, desemprego forçado, velhice, invalidez e morte; o trabalho das mulheres e dos jovens e, especialmente, a proteção

Então se verifica no texto constitucional de 1931 o programa laboral da República, visto que reconhece o trabalho como uma obrigação social e que gozará da proteção das leis. Há também a previsão de que a República garantirá as condições necessárias de uma existência digna a todo trabalhador, o que claramente reitera o papel intervencionista do Estado no acesso ao trabalho e nas condições desse trabalho.

De forma muito detalhada o artigo em questão também concede ao Estado a competência de legislar em relação ao trabalho e também de regulamentar uma série de questões: seguro social (doença, acidente, desemprego forçado, velhice, etc.), incapacidade e morte, trabalho das mulheres e jovens, e concede proteção especial à maternidade, jornada de trabalho e salário mínimo familiar, férias anuais remuneradas, condições de trabalho do espanhol no exterior, instituições de cooperação, relação econômico-jurídica dos fatores de produção, participação dos trabalhadores na direção, administração e benefícios das empresas e tudo o que afeta a defesa dos trabalhadores.

No art. 47 do texto constitucional de 1931 há mais competências dadas ao Estado quando menciona que:

Artículo 47°

La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y extento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de las cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de previsión, escuelas prácticas de agricultura y granjas de experimentación agropecuarias, obras para Riego y vías rurales de comunicación.

La República protegerá en términos equivalentes a los pescadores.

Artículo 48

(...)

La enseñanza será laica, hará del trabajo el eje de sua actividad metodológica y se inspirará em ideales de solidaridad humana (...)¹⁴.

da maternidade; férias anuais remuneradas; as condições do trabalhador espanhol no exterior; instituições de cooperação; a relação econômica dos fatores que compõem o processo, a participação dos trabalhadores na gestão; a administração e os benefícios das empresas, e tudo o que afeta a defesa dos trabalhadores. ESPANHA. *Constitución Española de 1931*. Disponível em: <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf>.

¹⁴ Art. 47 – A República protegerá o camponês e, para tanto, legislará, entre outras matérias, sobre o patrimônio familiar sem vinculá-lo e isentando toda espécie de impostos, crédito agrícola, indenização por perdas de safra, cooperativas de produção e consumo, fundos de previdência, escolas práticas de agricultura e quintas de experimentação agrícola, obras de irrigação e vias de comunicação rural. A República protegerá os pescadores em condições equivalentes. Art. 48 (...) O ensino será laico, fará do trabalho o eixo de sua atividade metodológica e se inspirará em ideais de solidariedade humana ESPANHA. *Constitución Española de 1931*. Disponível em: <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf>.

Assim, o legislador constituinte se encarregou da República de proclamar também a proteção dos trabalhadores rurais e pescadores e de considerado o trabalho como o eixo da metodologia de ensino. Por fim, a Constituição de 1931 atribuíu ao Estado central a legislação social, sem prejuízo de sua execução pelas regiões autônomas (art. 15.1).

A Jurisdição do Trabalho – *El Fuero del Trabajo*

O *Fuero del Trabajo* é uma das sete leis fundamentais do regime franquista que foi elaborada e aprovada em 1938, antes do fim da guerra civil, e é formulado em estilo retórico e doutrinário, típico dos textos trabalhistas de outras países, como o da Carta do Trabalho Italiano de 1926, Lei nacional do trabalho alemão de 1934 e o Estatuto nacional português do trabalho de 1933 e também se assemelha em muito a *Carta del Lavoro* promulgada na Itália por Edmondo Rasonni e pelo Grande Conselho Fascista Italiano em abril de 1927.

O texto em questão é próprio da ideologia falangista, que foi um movimento político antes de Franco, que exerceu grande influência sobre a questão trabalhista e a mídia no decorrer da guerra civil e da ditadura, e entre seus principais pontos estão a regulamentação do dia do trabalho, o descanso e a criação da *Magistratura del Trabajo* e *los sindicatos verticales*, os quais agrupam empregados e trabalhadores, e eram subordinados às decisões do Estado, sofrendo significativa alteração em 1958, por meio da *Ley de Convenios Colectivos* e continua a regular as relações de trabalho na Espanha até a edição do Estatuto dos Trabalhadores, já no regime democrático.

Foi por meio desta declaração que o trabalho na Espanha passou a ser considerado tanto um direito como um dever. Repita-se: é justamente em 1958 que a Espanha resolveu inovar, transformando o trabalho num dever do Estado para com os seus cidadãos. É aqui que surge esta questão do dever! Vejam:

1. El trabajo es la participación del hombre en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, según la personal vocación, en orden al decoro y holgura de su vida y al mejor desarrollo de la economía nacional.
2. Por ser esencialmente personal y humano, el trabajo no puede reducirse a un concepto material de mercancía, ni ser objeto de transacción incompatible con la dignidad personal de quien lo preste.
3. **El derecho de trabajar** es consecuencia del **deber** impuesto al hombre por Dios, para el cumplimiento de sus fines individuales y la prosperidad y grandeza de la Patria.
4. El Estado valora y exalta el trabajo, fecunda expresión del espíritu creador del hombre y, en tal sentido, lo protegerá con la fuerza de la ley, otorgándole las máximas consideraciones y haciéndole compatible con el cumplimiento de los demás fines individuales, familiares y sociales.

5. **El trabajo, como deber social**, será exigido inexcusablemente, en cualquiera de sus formas, a todos los españoles no impedidos estimándolo tributo obligado al patrimonio nacional.
6. El trabajo constituye uno de los más nobles atributos de jerarquía y de honor, y **es título suficiente para exigir la asistencia y tutela del Estado**.
7. Servicio es el trabajo que se presta con heroísmo, desinterés o abnegación, con ánimo de contribuir al bien superior que España representa.
8. **Todos los españoles tienen derecho al trabajo. La satisfacción de este derecho es misión primordial del Estado**¹⁵. (grifo meu)

Desta forma, é importante observar que foi por meio do *Fuero del Trabajo* que a dicotomia do direito-dever ao trabalho passou a existir no ordenamento jurídico espanhol, bem como passou a delegar ao Estado a satisfação desse direito. O *Fuero* também concebe um sistema sindical baseado na “união vertical” integrada na “organização sindical nacional do Estado”, de onde algumas declarações do *Fuero de los Españoles* (1945) são inspiradas e até reiteradas, tais como: o trabalho não é uma mercadoria; a empresa é uma comunidade de técnica, trabalho e capital; o trabalhador tem direito a um salário suficiente para a cobertura de infortúnios etc. O mesmo ocorre com a *Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional* (1958) ao tratar sobre a concepção dos sindicatos, empresas, justiça social e garantia pelo Estado de condições dignas de trabalho etc.

¹⁵ 1. Trabalho é a participação do homem na produção através do exercício voluntário das suas faculdades intelectuais e manuais, de acordo com a sua vocação pessoal, para o decoro e comodidade da sua vida e para o melhor desenvolvimento da economia nacional.

2. Por ser essencialmente pessoal e humano, o trabalho não pode ser reduzido a um conceito material de mercadoria, nem ser objecto de transacção incompatível com a dignidade pessoal de quem o presta.

3. O direito ao trabalho é consequência do dever imposto ao homem por Deus, para o cumprimento das suas finalidades individuais e para a prosperidade e grandeza da Pátria.

4. O Estado valoriza e exalta o trabalho, expressão fecunda do espírito criador do homem e, neste sentido, irá protegê-lo com força de lei, outorgando-lhe as mais altas considerações e compatibilizando-o com o cumprimento de outras finalidades individuais e familiares e social.

5. O trabalho, como dever social, será indesculpavelmente exigido, em qualquer das suas formas, a todos os espanhóis desimpedidos, considerando-o uma homenagem obrigatória ao património nacional.

6. O trabalho constitui um dos atributos mais nobres de hierarquia e honra, e é título suficiente para exigir a assistência e tutela do Estado.

7. Serviço é o trabalho que se realiza com heroísmo, abnegação ou abnegação, com o objetivo de contribuir para o bem maior que a Espanha representa.

8. Todos os espanhóis têm direito ao trabalho. A satisfação deste direito é a principal missão do Estado. ESPANHA. Decreto de 9 de marzo de 1938, aprobando el Fuero del Trabajo. Disponível em: <<https://www.e-torredebabel.com/leyes/constituciones/fuero-del-trabajo-1938.htm>>. Acesso em: 30 de abril de 2020.

Com as correções introduzidas em 1967 pela *Ley Orgánica del Estado, las Leyes Fundamentales* da era Franco, que visavam mais alterações na forma do que na substância, *El Fuero de Trabajo* sobreviveu até a sua revogação definitiva pela atual Constituição de 1978.

O direito ao trabalho na Constituição espanhola de 1978

Na primeira metade do século XIX o trabalho foi incorporado nas Constituições como a “liberdade de trabalhar”, perdurando como tal até a primeira metade do século XX. A partir disso é que o trabalho passou a ser considerado como uma proposta de se alcançar o pleno emprego; isso se deu a partir das Constituições progressistas promulgadas na segunda metade do século XX, mesmo que à aquela época o trabalho ainda não fosse um dever do Estado para os cidadãos.

A Constituição espanhola de 1978 surgiu neste contexto, localizando o direito ao trabalho na parte em que se dedica aos direitos fundamentais, apresentando a marcante característica de uma Constituição social, pois incorporava os institutos de forma progressiva, como era característico dos textos internacionais e regionais existentes na segunda metade do século XX, entretanto lhe dando o *status* de direito-dever.

Criada posteriormente aos anos da ditadura franquista (1939-1975) a Constituição espanhola de 1978 não foi inovadora na incorporação do direito ao trabalho. Este, na qualidade de direito-dever já estava presente em algumas Constituições europeias vigentes, por exemplo: a Constituição italiana de 1947¹⁶, a Constituição francesa de 1946¹⁷, e a Constituição portuguesa de 1976¹⁸.

Na própria Espanha essa ideia já havia sido formulada na Constituição de 1931 que aduzia em seu art. 46 que “o trabalho em suas diversas formas é uma obrigação social”, de modo que é perceptível que o direito ao trabalho era característico do tradicional constitucionalismo social, principalmente nos textos constitucionais do pós-guerra.

Assim, quando incorporado à Constituição espanhola de 1978, ainda vigente, o art. 35.1 declara que:

Todos los españoles tienen el **deber de trabajar y el derecho al trabajo**, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y

¹⁶ Art. 1º – L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro.

Art. 4º – La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendono effettivo questo diritto.

¹⁷ Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi.

¹⁸ Art. 58 – Todos têm direito ao trabalho.

las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo (art. 35.1, Tít. I, Cap. II, CE)¹⁹. (grifo meu)

Verifica-se, portanto, que para o constituinte espanhol o trabalho é primeiramente um dever, mas também é um direito do cidadão espanhol, o que o torna extremamente complexo ao estabelecer essas duas facetas do mesmo instituto.

O espírito da Constituição espanhola e o direito ao trabalho

Pode-se observar por meio do conteúdo dos Diários das Sessões do Congresso e do Senado de 1978 que o texto do art. 35.1 da Constituição espanhola de 1978, que se refere ao direito ao trabalho, não sofreu modificações, de forma geral, ao que foi proposto inicialmente no anteprojeto constitucional, bem como seguiu as pautas marcadas por meio do acordo prévio do Pacto de Moncloa²⁰.

Uma alteração importante em relação ao art. 35.1 se dá na inversão imposta ao termo “direito-dever”, visto que, no anteprojeto da Constituição o direito vinha anterior ao dever; contudo, com as emendas apresentadas passou a constar no texto constitucional como um “dever-direito”, ficando desta forma no texto aprovado. Isto significa que o constituinte espanhol enfatizou o trabalho como dever antes de ser um direito, e talvez esteja essa ênfase uma mera preferência semântica em termos didáticos para o leitor e para o ouvinte, não se podendo afirmar que, juridicamente falando, de fato o trabalho seja mais um dever do que um direito.

No texto do anteprojeto a redação foi concebida do seguinte modo:

Título II: Derechos y deberes fundamentales

Capítulo II: Libertades Civiles

Artículo 30

1. Todos los españoles tienen **derecho al trabajo y el deber de trabajar**. Se reconoce el derecho a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción personal a través del trabajo.

¹⁹ Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre escolha da profissão ou do comércio, à promoção pelo trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer as suas necessidades e as de sua família, sem em nenhum caso poder discriminar com base no sexo. Constitución Española 1978-1988, tomos I, II y III. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

²⁰ Os Pactos de la Moncloa assinados em 27/10/1977 entre o governo e os representantes dos grupos parlamentares não representaram um “pacto social” senão um acordo político fora das Câmaras Legislativas, sobre aspectos-chaves que tinham sido acordados previamente, para manter um equilíbrio econômico e democrático. RIVERO LAMAS, J. *El desarrollo de la constitución Española de 1978*. Zaragoza: Libros Pórtico, 1982, p. 42.

2. Los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades de su vida personal y familiar. En ningún caso podrá hacerse discriminación por razón de sexo.

3. Para hacer efectivo el derecho reconocido en los párrafos anteriores, la ley regulará un estatuto de los trabajadores²¹. (grifo meu)

Assim, é clara a inversão dos termos se compararmos com texto aprovado pela assembleia constituinte de 1978. O texto do art. 30 do anteprojeto foi objeto de análise e reflexão por vários integrantes da Comissão de Assuntos Constitucionais e Liberdades Públicas, mas não sofreu tantas emendas se comparado aos demais textos do mesmo capítulo.

Um dos constituintes espanhóis foi Gómez de las Roces²² que propôs a seguinte redação:

Art. 30: Todos los españoles tienen derecho al trabajo y el deber de trabajar. Se reconoce el derecho a la libre elección de profesión o profesión y a la promoción personal a través del trabajo. **Las autoridades públicas estarán especialmente obligadas a proporcionar los medios necesarios para la efectividad del pleno empleo** que garanticen a todos la participación responsable en el trabajo y una remuneración adecuada a las necesidades de la vida personal y familiar. En ningún caso se discriminará por razón de sexo. (grifo meu)

De acordo com o Boletim Oficial das Cortes n. 82, uma vez apresentadas as emendas ao Anteprojeto de Constituição, o art. 30 que trata sobre o direito ao trabalho passou a ser o art. 33 do Projeto que foi apresentado ao Congresso, sendo os itens 1 e 2 unidos em um só. Assim, foi aceita pelo Congresso apenas a parte formal da emenda de Gómez de la Roces, que propunha garantir o pleno emprego²³.

²¹ Todos os espanhóis têm direito e dever de trabalhar. O direito à livre escolha de profissão ou comércio e à promoção pessoal pelo trabalho é reconhecido. 2. Os trabalhadores têm direito a uma remuneração suficiente para atender às necessidades de sua vida pessoal e familiar. Em nenhum caso pode ser feita discriminação com base no sexo. 3. Para tornar efetivo o direito reconhecido nos números anteriores, a lei regula o estatuto dos trabalhadores. CONGRESO, Espanhol. *Publicaciones Oficiales*. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF>. Acesso em: 02 maio 2020.

²² Art. 30: Todos os espanhóis têm direito ao trabalho e dever de trabalhar. É reconhecido o direito à livre escolha da profissão ou profissão e promoção pessoal pelo trabalho. As autoridades públicas serão especialmente obrigadas a proporcionar os meios necessários à eficácia do pleno emprego que garantam a todos uma participação responsável no trabalho e uma remuneração adequada às necessidades da vida pessoal e familiar. Em nenhum caso discriminará com base no sexo. Boletín Oficial de las Cortes n. 82, de 17/04/78.

²³ Gómez das Roces, propôs uma redação refundida dos incisos 1 e 2, pretendendo pôr “ênfase num fator tão importante para a promoção humana e para a estabilidade social como o do pleno emprego e o da participação (não só remuneração) no trabalho”.

Já no que tange à obrigatoriedade de realização pelo Estado de políticas públicas que permitissem o pleno emprego no então art. 35, que compunha o Capítulo Terceiro, que tratava dos Princípios Reitores da Política Social e Econômica, trazia a seguinte redação:

Las autoridades públicas asumen la obligación prioritaria de promover una política que garantice el pleno empleo y la formación y readaptaciones profesionales (...) ²⁴

Pode-se perceber então que o constituinte de 1978 foi conivente com a incorporação do dever e do direito ao trabalho na parte que se dedicava aos direitos fundamentais. Todavia, a garantia e promoção do pleno emprego optou por inseri-la no capítulo que trata do princípio reitor das políticas governamentais.

Contudo, embora os deputados tenham aprovado incluir a garantia do pleno emprego entre os Princípios Reitores, alguns estavam preocupados com a real possibilidade de que o Estado pudesse honrar tal compromisso constitucional, ficando então o texto constitucional definitivo da seguinte forma:

Artículo 35

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.
2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores ²⁵.

O Senador Matín-Retortillo ²⁶, na época em que os debates a respeito da nova Constituição estavam sendo realizados, acreditava que o artigo acima transcrito não tinha sofrido modificações significativas e sim que o conteúdo possuía uma grande conotação política e tentava, em sua argumentação, que o artigo fosse fiel às declarações internacionais.

Para o Senador havia claro indício de que era impossível se alcançar determinados direitos que dependiam de uma mediação dos setores públicos, tal qual

²⁴ As autoridades públicas assumem a obrigação prioritária de promover uma política que garanta o pleno emprego e a formação e reconversão profissional. *Diário das Sessões dos Debates Parlamentares do Projeto de Constituição Espanhola*. BOC n. 121, Pleno do Senado.

²⁵ Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre escolha da profissão ou do comércio, à promoção pelo trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer as suas necessidades e as de sua família, sem em nenhum caso poder discriminar com base no sexo.
2. A lei regulará o estatuto dos trabalhadores. *Diário das Sessões dos Debates Parlamentares do Projeto de Constituição Espanhola*. BOC n. 121, Pleno do Senado.

²⁶ MARTÍN-RETORTILLO, L. El orden económico y el trabajo en la Constitución. In: LAMAS, Juan Rivero. *El desarrollo de la constitución Española de 1978*. Zaragoza: Libros Pórtico, 1982.

o direito ao trabalho, trazendo aos juristas da época as problemáticas de possuir um direito-dever ao trabalho no texto constitucional, onde seria obrigação do Estado o fomento de políticas econômicas para que esse direito fosse garantido.

DICOTOMIA DO DIREITO-DEVER DE TRABALHAR NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978

De um lado a Constituição dá ao trabalho o *status* de norma constitucional fundamental, visto que inserido no capítulo que se destina aos direitos fundamentais e o reconhece, na segunda parte do artigo, como um direito, garantindo ao cidadão espanhol a livre eleição de profissão e ofício, e uma remuneração suficiente para o sustendo do trabalhador e de sua família, sendo este já garantido em outras leis fundamentais, tais como no art. 12, inciso 1, da Lei Fundamental de Bonn; no art. 51º da Constituição portuguesa de 1976; no Preâmbulo da Constituição francesa de 1946, expressamente vigente pelo que consta no texto da de 1958; nos arts. 4º, 35, 3º e 37 da Constituição italiana.

Ainda, além de outras Constituições preverem tais preceitos, eles podem ser encontrados também nas normas internacionais, que com certa frequência fazem referência aos direitos ao trabalho, previstos no art. 35.1 da Constituição espanhola de 1978, tais como: a Carta Social Europeia de 1961; os arts. 6º e 7º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966; bem como nos próprios tratados constitutivos das Comunidades e da União Europeia.

Por outro lado, e é aqui que mora a complexidade desse artigo, ele reconhece o trabalho como um **dever** de todo cidadão espanhol. Essa dicotomia do direito-dever também não é uma novidade trazida pela Constituição espanhola de 1978, pois tal binômio já estava previsto em diversas normas internacionais e Constituições nacionais, bem como de forma implícita na ideologia liberal burguesa presente na origem da legislação trabalhista que é baseada principalmente na ética protestante.

A Constituição francesa de 1946, em seu Preâmbulo (ainda em vigor na carta de 1958), trazia a ligação entre os princípios de liberdade, política e sociais da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e os princípios econômicos e sociais ao declarar que “*chacun a le devoir de travailler et le droit d’obtenir un emploi*”²⁷.

A dicotomia em questão também está presente na doutrina social da Igreja, que sustentou a relação direito-dever ao trabalho, mesmo que de forma intrínseca no contexto das Encíclicas. Há também a afirmação de que “o homem tem

²⁷ CONSEIL CONSTITUTIONNEL. *Les Constitutions dans L’Histoire* – Le Préambule de 1946. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/le-preambule-de-1946>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

por si mesmo direitos e deveres que dimanam da sua própria natureza”²⁸ na *Pacem in Terris*, todavia, na Encíclica *Laborem Exercens* de João Paulo II, há a maior relevância dada ao direito social do trabalho²⁹.

Já em relação às normas internacionais que versam sobre o binômio direito-dever, não se pode deixar de citar o art. 14 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem que aduz que “o direito ao trabalho e a uma justa retribuição”³⁰ que leva em consideração o “dever de trabalhar” já estabelecido no art. 37 da mesma declaração o qual diz “toda pessoa tem o dever de trabalhar, dentro da sua capacidade e possibilidades, com a finalidade de obter recursos para a sua subsistência ou em benefício de sua comunidade”³¹. Nota-se, portanto, que o trabalho é uma meta dada ao ser humano que se fundamenta na necessidade de integração do homem para com a sociedade e o mundo.

Desta forma, o dever de trabalhar está inteiramente ligado à obrigação do Estado e da sociedade em proporcionar a todo ser humano um trabalho digno. É por esta razão que inúmeras ações judiciais têm sido interpostas contra o Estado espanhol, considerando-o obrigado a conseguir um trabalho para os seus cidadãos.

O direito ao trabalho então deve ser correlacionado com o dever de trabalhar, quer como dever moral do cidadão para com a sua comunidade, quer com a função de limitar o direito subjetivo ao trabalho e uma possível reclamação do cidadão aos poderes públicos. Isso porque, conforme o Tribunal Constitucional espanhol, o Estado no momento de formular políticas relacionadas ao trabalho deve ter como base o “direito-dever”³² em cumprimento ao regulado no art. 40.1 da Constituição espanhola que dispõe que

Artículo 40

1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo³³.

²⁸ PABLO II, Juan. *Carta Encíclica Pacem in Terris*, 1963. Disponível em: <http://www.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html>. Acesso em: 29 abr. 2020.

²⁹ RIVERO LAMAS, J. *Génesis y desarrollo de la política de concertación social en las relaciones laborales*. En *El desarrollo de la Constitución Española de 1978*. Zaragoza: Libros Pórtico, 1982.

³⁰ OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 1948.

³¹ OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 1948.

³² *Sentencia do Tribunal Constitucional da Espanha*: STC 22/1981, de 2 de julho.

³³ Os poderes públicos devem promover condições favoráveis ao progresso social e econômico e a uma distribuição mais equitativa da renda regional e pessoal, no âmbito de uma política de

Sendo então destacado para esta análise o reconhecimento que o próprio Tribunal Constitucional espanhol faz em relação ao direito ao trabalho “existente para todos os membros da sociedade, de acordo com o mandato do art. 35.1, embora devem limitar-se certas pretensões individuais, ou regular o emprego, em benefício da dimensão coletiva deste direito”³⁴.

Para Alarcón Caracuel o binômio direito-dever, deve ser interpretado de forma conjunta, contudo, em relação ao dever de trabalhar faz duas ressalvas:

O dever de trabalhar não deve ser interpretado como trabalho forçoso, dado que está expressamente proibido no artigo 25.

Tampouco pode ser entendido com referência às prestações obrigatórias, às quais se faz menção no artigo 30³⁵.

Então, de forma positiva o dever ao trabalho pode ser entendido como uma complementação ao direito de trabalhar, ou, de outra forma como uma maneira de coação inadmissível no próprio texto constitucional em seu art. 25. Trata-se, portanto, de algo mais geral e difuso, que deve ser compreendido como a obrigação de desempenhar um ofício ou função que colabore para o progresso material e espiritual da sociedade na qual aquele cidadão está inserido, sob a livre escolha deste trabalho, preceito previsto também na Constituição italiana no art. 4º.2.

Não obstante, para Sastre Ibarreche³⁶ a vinculação trazida pela Constituição espanhola do direito ao trabalho e do dever de trabalhar, replicado em outros textos constitucionais modernos, trata-se apenas de um reflexo histórico que não implica, necessariamente, uma ligação sistemática entre ambos.

Corroborando com essa ideia de desvinculação Alexy³⁷ acredita não haver uma ligação entre o direito e o dever de trabalhar, todavia, o “dever-direito” implica em um duplo compromisso assumido pelo Estado na constituinte para com os cidadãos espanhóis, ou seja, lhes permite gozar do direito ao trabalho com a prerrogativa de livre escolha da profissão ou ofício, mas também lhes impõe esse dever.

estabilidade econômica. De forma especial, levarão a cabo uma política de pleno emprego. Constitución Española 1978-1988. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, tomos I, II y III.

³⁴ *Sentencia do Tribunal Constitucional da Espanha*: STC 22/1981, de 2 de julho.

³⁵ CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón. *Constitución y Derecho del Trabajo*: 1891-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992.

³⁶ IBARRECHE, Rafael Sastre. *El Derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Desta forma, para Alexy, fica a sociedade fica comprometida de forma total, visto que de forma simultânea é um sujeito de direito e um sujeito de dever (credora e devedora) segundo os Princípios Reitores da Política Social e Econômica previstas nos arts. 39 a 52, do capítulo II, Título I que se referem aos Direitos Fundamentais da Constituição espanhola de 1978.

Todavia, de um outro lado essa dicotomia presente no texto constitucional espanhol tem como consequência que, se o Estado não garantir o pleno emprego dificilmente isso resultaria em poder exigir o cumprimento do dever de trabalhar. Isso fica evidenciado em vários momentos na história da Constituição espanhola de 1978, e um exemplo disso são os Diários de Sessões do Congresso Constituinte de 1978, em que houve diversas críticas a este paradoxo de um direito-dever ao trabalho estabelecido numa a uma economia de livre mercado.

Direito ao trabalho e o espírito constitucional

Objetivando uma análise material dos *Diarios de Sesiones – Debates en la Comisión del Senado* se pode conhecer, por meio de uma entrevista de dois constituintes, de forma direta o espírito da Constituição espanhola de 1978, no que se refere ao dever-direito ao trabalho. São eles Emilio Gastón³⁸ e Hipólito Gomez de las Rocas³⁹, que tiveram participação significativa na inserção desse tema no texto constitucional.

Para Gastón o art. 35.1 da Constituição espanhola de 1978 foi pactuado previamente ao início das sessões, havendo pouca possibilidade de modificação quando debatido pelos parlamentares. Para ele, “não se pode negar que houve entendimentos prévios sobre questões fundamentais, que são normais que existam em qualquer lugar e legislatura”⁴⁰.

Gastón, ao ser questionado se compreendia que, ao declarar o trabalho como um direito no primeiro inciso estava se referindo só ao emprego ou ao trabalho em geral, e então responde:

Tratava-se do direito a trabalhar, em sentido amplo, em qualquer atividade e não meramente a possuir um emprego,... entendendo-se que o direito declarado nesse artigo teria que ser desenvolvido por leis posteriores e, portanto, não outorgava uma ação pública ao cidadão⁴¹.

Percebe-se, portanto, que o direito ao trabalho é tratado pelo próprio constituinte como um direito amplo, abrangendo não só o direito ao trabalho formal,

³⁸ Emilio Gastón foi constituinte pelo Partido Socialista de Aragão e porta-voz do Grupo Misto Parlamentar.

³⁹ Hipólito Gómez de las Rocas, deputado constituinte pelo Partido Aragonês Regional.

⁴⁰ DALMASSO, Elsa Inés. *Novos Estudos Jurídicos*. jan./abr. 2003, v. 8, n. 1, p. 184.

⁴¹ DALMASSO, Elsa Inés. *Novos Estudos Jurídicos*. jan./abr. 2003, v. 8, n. 1, p. 185.

aquele com vínculo de emprego, mas ao trabalho em sentido amplo, carecendo de uma regulamentação que deveria ser feita por legislações posteriores à Constituição promulgada.

Há também posicionamento de Gastón no que se refere a inserção do direito ao trabalho no capítulo que se destina aos direitos fundamentais, para ele:

Sobre isso não existia dúvida nenhuma. O trabalho é um direito fundamental e esse é o espírito da Constituição, mesmo existindo a certeza das dificuldades que se apresentariam aos poderes públicos para efetivá-lo⁴².

Desta forma, para Gastón, o espírito da Constituição espanhola de 1978 é realmente conceder *status* de direito fundamental ao trabalho, e por isso houve a inserção deste no capítulo específico, todavia, reconhece que isso causaria, posteriormente, alguns problemas ao Estado no momento de garanti-los aos cidadãos espanhóis.

Já para Gómez de las Rocas, um dos poucos constituintes que apresentou emenda⁴³ ao art. 35.1, ao ser questionado em relação ao *status* de direito fundamental aduz:

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

Meu pensamento estava mais próximo à segunda dessas hipóteses.

Considera que ao aprovar-se “o dever e o direito ao trabalho”, de acordo à redação do atual artigo 35.1. CE, os constituintes estavam pensando num significado amplo do trabalho, como direito fundamental, embora não se tenha incluído entre os direitos reforçados da Seção Primeira do Capítulo II?

Pensava-se num significado amplo do trabalho, mas também se pensava em não formular declarações meramente pragmáticas⁴⁴.

⁴² DALMASSO, Elsa Inés. *Novos Estudos Jurídicos*. jan./abr. 2003, v. 8, n. 1, p. 185.

⁴³ Emenda Constitucional n. 43.

⁴⁴ DALMASSO, Elsa Inés. *Novos Estudos Jurídicos*. jan./abr. 2003, v. 8, n. 1, p. 185-186.

Nota-se, portanto, que para Gómez de las Rocas, principalmente na última parte de sua declaração, que o espírito da Constituição espanhola não aceitava que o dever-direito ao trabalho fosse meramente uma declaração, mas sim que se tratava de uma dicotomia complexa e vinculativa de direitos e deveres recíprocos, seja do Estado seja do cidadão espanhol.

Entretanto, mesmo que não se referindo especificamente ao direito ao trabalho, Peces-Barba⁴⁵, que foi um dos relatores do anteprojeto constitucional, acreditava que os direitos fundamentais previstos no Capítulo II, Seções 1ª e 2ª eram “aqueles cujo desenvolvimento tem que se fazer por lei, com a garantia que esta lei deverá respeitar seu conteúdo essencial, recolhido na Constituição, e por isto fundamentais”⁴⁶.

Esta opinião é reiterada pelo deputado em sua obra *Textos Básicos de Derechos Humanos* de 2001 ao escrever que “*Los derechos del Capítulo II tienen pleno efecto directo*”⁴⁷. Permite-se, portanto, aduzir que este constitucionalista, que teve grande relevância no processo constituinte espanhol de 1978, também acredita que o espírito da Constituição ao tratar do direito ao trabalho, constante no art. 35.1, é considerá-lo um direito fundamental.

Desta forma, considerando os relatos de alguns dos constituintes espanhóis, bem como o art. 35.1 da Constituição espanhola de 1978, declarado na forma do constitucionalismo social, das declarações internacionais e os convênios supra-estatais se pode verificar que era pensado o direito ao trabalho como idealizador da dignidade da pessoa humana na forma de um direito fundamental.

O direito ao trabalho e a obrigação do Estado espanhol

Ao se partir de uma análise sistemática do direito ao trabalho do art. 35.1, inserido no Capítulo II, Título I que trata dos direitos fundamentais, faz-se necessária uma análise conjunta dele com o art. 53.1:

Artículo 53

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título **vinculan a todos los poderes públicos**. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)⁴⁸. (grifo meu)

⁴⁵ Deputado pelo Partido Socialista, foi um dos redatores do Anteprojeto constitucional.

⁴⁶ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos fundamentales*. Madrid: Universidad de Madrid, 1983, p. 163.

⁴⁷ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Textos Básicos de Derechos Humanos*. Elcano: Aranzadi, 2001.

⁴⁸ Os direitos e liberdades reconhecidos no segundo Capítulo deste Título vinculam todos os poderes públicos. Só por lei, que em todo o caso deve respeitar o seu conteúdo essencial, pode

Desta forma, considerando o art. 35.1 que estabelece que todo cidadão espanhol tem direito ao trabalho, e o art. 53.1 que vincula a todos os poderes públicos os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II da Constituição, tem-se como resultado uma obrigação conferida constitucionalmente ao Estado na efetivação, reconhecimento e garantia deste direito.

Assim, todos os poderes públicos estariam não só obrigados a reconhecer tal direito, mas também, dentro de suas esferas de atuação, em implementá-lo por meio de leis, ações e políticas públicas, objetivando o pleno emprego, conforme art. 40.1⁴⁹.

Por meio de uma interpretação do conteúdo da tutela do direito ao trabalho na, Alarcón Caracuel entende de três formas a vinculação do Estado pelo art. 53.1 e o art. 35.1 no que se refere a efetivação do direito ao trabalho:

Como uma mera orientação ao legislador e aos poderes públicos em geral;

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

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

Para o autor, por um lado a primeira hipótese pode ser descartada, pois a considera incompatível com os textos constitucionais, por outro lado também descarta a terceira hipótese visto que defendida por uma minoria de juristas, em razão de não ser possível encontrar a possibilidade de aplica-la em uma economia de mercado pautada na livre empresa, presente no texto constitucional espanhol. Então, para ele, partindo da vinculação do direito ao trabalho com os poderes públicos, há uma real obrigação de legislar neste sentido e colocar em prática políticas que garantam o exercício pleno deste direito pelos cidadãos espanhóis, condicionando ao mesmo tempo, com a situação econômica, bem como com a não colisão com a liberdade de mercado.

ser regulado o exercício de tais direitos e liberdades, os quais serão protegidos de acordo com o disposto no art. 161, 1. Constitución Española 1978-1988, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, tomos I, II y III.

⁴⁹ Artículo 40

1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.

Todavia, Abramovich e Courtis⁵⁰ se posicionam favoravelmente na defesa da exigibilidade dos direitos sociais e também defendem que é necessário compreender o direito ao trabalho no âmbito das obrigações negativas e positivas e que cabe ao Estado cumprir, sem que este possa justificar a morosidade na implementação de políticas públicas, nas dificuldades econômicas do país. Importante ressaltar que os autores defendem que para uma plena implementação do direito ao trabalho é necessário, além de políticas públicas de pleno emprego e ações dos poderes públicos, a utilização dos meios jurídicos na efetivação deste direito.

De igual modo, ao tratar sobre a natureza autêntica dos direitos subjetivos, que são característicos dos direitos fundamentais do Capítulo II, Pérez Tremps⁵¹ entende que estes são plenamente exigíveis pelos cidadãos em face dos poderes públicos, inclusive por meio judicial. Para o autor qualquer cidadão espanhol que seja titular dos direitos compreendidos nos arts. 14 a 38 pode exigir ao Estado a sua efetivação, como por exemplo, o direito ao trabalho previsto no art. 35.

O cidadão espanhol como sujeito ativo na exigência do direito ao trabalho

Para alguns doutrinadores o titular dos direitos sociais é o homem, mas não na qualidade de indivíduo isolado, sim como parte de uma coletividade. Para Mauro Cappelletti:

Aquilo que acima de tudo parece caracterizar os direitos fundamentais é o fato de que estes, os quais são usualmente atribuídos ao “homem” e também ao “indivíduo”, são, na realidade, permeados de um valor que transcende o homem singular e investe a sociedade como um todo⁵².

Assim o homem como sujeito de direitos sociais previstos constitucionalmente, como é o caso do dever-direito ao trabalho, deve levar em consideração a coletividade. Desta forma, os serviços públicos de forma geral são a materialização dos direitos sociais e não foram pensados para atender o sujeito de forma isolada, muito pelo contrário, estes são formulados para que toda uma coletividade os usufrua. Assim, a falta de serviços públicos garantidores dos direitos

⁵⁰ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

⁵¹ TREMPES, Pablo Pérez. Los derechos fundamentales. In: *Derecho Constitucional*, v. 1: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. Valencia: Tirant lo blanch, 1991.

⁵² CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale Delle Libertà*. Milão: Giuffrè, 1974.

sociais não remete a uma invasão do indivíduo, mas sim a um afronte à sociedade como coletividade, pois esta sofre de forma igual com a falta de efetividade dos direitos fundamentais constantes no texto constitucional, e com o direito ao trabalho a lógica é a mesma.

Certamente que em uma sociedade onde o direito ao trabalho é efetivamente garantido e todos têm acesso aos serviços públicos que o garantem, cada indivíduo goza das condições necessárias para o desenvolvimento de sua personalidade. Contudo, não se exclui um efetivo aproveitamento do mesmo gozo pela coletividade.

Partindo então do direito ao trabalho previsto na Constituição, não se encontram muitas teorias que sustentam que o homem, como cidadão espanhol, seja sujeito ativo de forma individual no reclamo desse direito fundamental, mas existem teorias que demonstram que há possibilidade de exigibilidade ao Estado pelo cidadão espanhol, na efetivação, garantia e reconhecimento deste direito.

É neste sentido que Abramovich e Courtis⁵³ observam que a ampliação das funções do Estado, no contexto do modelo de direitos sociais, não se tem garantido tecnicamente a efetivação de direitos subjetivos, como o do trabalho, sob o panorama do direito privado clássico, mas tampouco, não há nada que restrinja ou impossibilite a reclamação desses direitos, sejam ela de forma individual ou coletiva. Os autores também mencionam que o contexto político-ideológico, no qual os direitos subjetivos e garantias judiciais de tutela surgiram, foram concebidos no modelo do direito de propriedade, e, sendo assim, é necessário se conscientizar das limitações inerentes a este contexto. Todavia, essas particularidades não são suficientes para deslegitimar a reivindicação da efetivação desses direitos pelos poderes estatais, em caso de garantia e efetivação desses direitos sociais reconhecidos pela Constituição.

CONCLUSÕES

Dentro da história constitucional é possível perceber que o trabalho sempre esteve presente nas normas jurídicas de diferentes países bem como no âmbito internacional, e muitas vezes é considerado como pilar fundamental na construção de uma sociedade, como foi no caso da Carta Social Europeia de 1961, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, dos tratados constitutivos das Comunidades e da União Europeia, bem como em diversos outros tratados internacionais.

⁵³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

O trabalho, no contexto constitucional espanhol, não é diferente. Ele é considerado um direito fundamental e deve ser garantido a todo cidadão; todavia, há uma característica especial em relação a esse direito, para o legislador constitucional espanhol ele vem acompanhado de um dever de trabalhar, o que é conhecido pelo binômio direito-dever ao trabalho, presente no art. 35.1 da Carta espanhola.

Essa dicotomia entre direito e dever de trabalhar é extremamente complexa porque cria expectativas normativas nos trabalhadores e obrigações a serem cumpridas pelos Estados, as quais talvez não sejam desejadas ou assumidas por eles nos dias atuais, porém, não é uma novidade concebida pela Espanha, há diversas normas internacionais e Constituições nacionais que o preveem, citando-se como exemplo o Preâmbulo da Constituição francesa de 1946 que trazia esse dever em seu texto, e no âmbito internacional a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Então, ao analisar a história constitucional da I e II República da Espanha, nota-se que o trabalho é pensado como um direito fundamental, porém passou a ser também um dever do cidadão, o que consequentemente vincula o Estado na promoção e garantia de um direito fundamental e ao mesmo tempo vincula o cidadão espanhol a um dever de trabalhar. Todavia, o próprio texto constitucional espanhol em seu art. 40.1 vincula ao Poder Público a promoção de condições favoráveis ao progresso social, econômico e para a distribuição de renda com o objetivo de alcançar a estabilidade econômica, e isso se dá por meio do trabalho, ou seja: não há como escapar! A Espanha deve fazer de tudo para que o emprego seja disponível a todos dentro do seu território.

Desta forma, o binômio direito-dever trata-se de um duplo compromisso assumido pelo Estado na constituinte, pois a sociedade fica de alguma forma comprometida, bem como o Estado espanhol também, o que resulta em crédito e débito de ambas as partes para com a outra. Então, cabe ao Estado a promoção e garantia desse direito fundamental e dever constitucional por meio de políticas públicas, conforme art. 53 da Constituição espanhola.

Então, há o direito e dever de trabalhar presente no art. 35.1 da Constituição que deve ser interpretado de forma conjunta ao art. 53.1 que vincula o Poder Público a garantia dos direitos e liberdades reconhecidas constitucionalmente, assim, tanto o Legislativo, Executivo e Judiciário têm a obrigação legal, dentro de suas competências de atuação, de reconhecer e garantir o direito-dever ao trabalho a todo cidadão espanhol. Ressalte-se que, sendo a Espanha um Estado-membro da União Europeia, o poder público espanhol deve garantir o mesmo direito-dever aos cidadãos dos outros países membros da União Europeia que sejam efetivamente domiciliados em território espanhol. Tal prerrogativa supranacional foi criada continentalmente pelo tratado de Maastricht e confirmado pelo tratado de Lisboa.

Desta forma, o direito fundamental ao trabalho está expressamente declarado na Constituição espanhola como um garantidor da dignidade humana e do Estado Social de Direito, o que implica diretamente no reconhecimento de que todo espanhol possui o direito a trabalhar e que concomitantemente cumpra o dever de exercer esse direito.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale Delle Libertà*. Milão: Giuffrè, 1974.
- CARACUEL, Manuel Ramón Alarcón. *Constitución y Derecho del Trabajo: 1891-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992.
- CARMONA CUENCA, E. *El Estado social de Derecho en la Constitución*. Madrid, 2000.
- CONGRESO, Espanhol. *Publicaciones Oficiales*. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOCG_044.PDF>. Acesso em: 02 maio 2020.
- CONSEIL CONSTITUTIONNEL. *Les Constitutions dans L'Histoire – Le Préambule de 1946*. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/le-preambule-de-1946>>. Acesso em: 29 abr. 2020.
- DALMASSO, Elsa Inés. *Novos Estudos Jurídicos*. jan./abr. 2003, v. 8, n. 1, p. 184-186.
- ESPAÑHA. *Boletín Oficial de las Cortes n. 82, de 17/04/78*. Madrid, 1978. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOCG_082.PDF>. Acesso em: 20 maio 2020.
- ESPAÑHA. *Constitución Española 1978-1988*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, tomos I, II y III.
- ESPAÑHA. *Constitución Española de 1931*. Disponível em: <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.
- ESPAÑHA. *Decreto de 9 de marzo de 1938, aprobando el Fuero del Trabajo*. Disponível em: <<https://www.e-torredabel.com/leyes/constituciones/fuero-del-trabajo-1938.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2020.
- ESPAÑHA. *Diário das Sessões dos Debates Parlamentares do Projeto de Constituição Espanhola*. BOC n. 121, Pleno do Senado. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOCG_082.PDF>. Acesso em: 20 maio 2020.
- ESPAÑHA. *Sentencia do Tribunal Constitucional da Espanha: STC 22/1981, de 2 de julho*. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/22>>. Acesso em: 20 maio 2020.

- FRANÇA. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. 1789. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>>. Acesso em: 30 abr. 2020.
- GUITIEREZ, Cecilia Lázaro. *Biografía política y pensamiento social de Eduarco Aunós (1894-1931)*. Santander, 2002.
- IBARRECHE, Rafael Sastre. *El Derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996.
- LAMAS, Juan Rivero. *El desarrollo de la constitución Española de 1978*. Zaragoza: Libros Pórtico, 1982.
- MANCHA, Sonsa. *La emergencia del contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo: 1821-1924)*. Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos fundamentales*. Madrid: Universidad de Madrid, 1983, p. 163.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Textos Básicos de Derechos Humanos*. Elcano: Aranzadi, 2001.
- MARTÍN-RETORTILLO; Sebastian. El orden económico y el trabajo en la Constitución. In: Rivero Lamas, J. (dir.). *El Trabajo en la Constitución*. II Coloquio de Jaca. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1982.
- MELGAR, Alfredo Montoya. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Madrid, 1992, p. 216.
- MELGAR, Alfredo Montoya. *Nuestra Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Madrid, 1992.
- MORALES, Ángel Garrorena. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Madrid, 1984.
- MORALES, Ángel Garrorena. *El Estado Social de Derecho em la Constitución*. Madrid. 2000.
- MORALES, Ángel Garrorena. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Front Cover. Tecnos, 1990.
- OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 1948.
- PABLO II, Juan. *Carta Encíclica Pacem in Terris*, 1963. Disponível em: <http://www.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html>. Acesso em: 29 abr. 2020.
- RIVERO LAMAS, J. *Génesis y desarrollo de la política de concertación social en las relaciones laborales*. En El desarrollo de la Constitución Española de 1978. Zaragoza: Libros Pórtico, 1982.
- TREMPs, Pablo Pérez. Los derechos fundamentales. In: *Derecho Constitucional*, v. 1: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. Valencia: Tirant lo blanch, 1991.

Data de recebimento: 30/10/2020

Data de aprovação: 18/11/2020