

# ***Liberdade de Trabalho do Professor: Inconstitucionalidade de sua Limitação pela CAPES, nos Programas de Mestrado e Doutorado***

FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE LIMA

Doutor, Professor da UFC (Graduação e Mestrado), Procurador Regional do Trabalho  
(PRT-7ª Região)

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – O direito fundamental ao trabalho ou liberdade de trabalho; 3 – A consistência do direito ao trabalho; 4 – Restrições ao direito fundamental ao trabalho; 5 – Poder de polícia e restrição às liberdades fundamentais; 6 – A limitação feita pela CAPES; 7 – Instrumentos jurídicos para combater o ato inconstitucional; 8 – Conclusões. Referências Bibliográficas.

**Resumo:** Este artigo analisa a liberdade de trabalho dos professores, frente às limitações impostas pelos órgãos vinculados à CAPES, encarregados de avaliar Programas de Mestrado e Doutorado no Brasil, em cotejo com a preocupação pela qualidade da educação superior (Pós-Graduação *stricto sensu*) e da produção científica séria. A vedação a que o professor se vincule a mais de um Programa ofende o direito fundamental ao trabalho, sendo que a cota máxima permitida à sua vinculação a um único segundo Mestrado/Doutorado não atende aos primados da razoabilidade, da proporcionalidade nem do balanceamento.

**Palavras-chaves:** Trabalho. Direito fundamental. Liberdade de trabalhar. CAPES. Avaliação de Programas de Mestrado e Doutorado. Trabalho do professor. Exercício profissional do magistério.

## **1. Introdução**

A CAPES (Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior)<sup>1</sup> tem exigido que, nos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito (Mestrado e Doutorado), os professores não possuam compromisso com outro Programa, ressalvada a cota máxima de 20% do seu corpo docente permanente. Os pertencentes a esta cota, por sua vez, só podem integrar, no máximo, dois Programas. Esta exigência não é só para a avaliação do Programa, mas para a sua própria implantação, isto é, para o início e prosseguimento do funcionamento do Curso, para a emissão do parecer inicial, a ser exarado pela Representação da Área, no processo de criação do Curso, e para a expedição do ato autorizativo pelo MEC.

---

<sup>1</sup> A CAPES, fundação que mantém vínculo com o Ministério da Educação, investe no desenvolvimento da pós-graduação *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado), focada na formação de pessoal qualificado no Brasil e no exterior. É responsável por mais da metade das bolsas de pós-graduação no país, avalia cursos de mestrado e doutorado, além de financiar a produção e a cooperação científica. Por força da Lei 11.502, de 11/07/2007, a CAPES passou a subsidiar o Ministério da Educação também na formulação de políticas e no desenvolvimento de atividades de suporte à formação de profissionais de magistério para a educação **básica** e superior e para o desenvolvimento científico e tecnológico do País.

O lastro normativo vem da Portaria nº 68/2004-CAPES (art. 2º, § 2º, III) e em ato expedido pela representação da Área do Direito junto à CAPES, em março/2007. De início, veja-se o que dispõe, no particular, a Portaria nº 68/2004-CAPES, destacadamente seu art. 2º, § 2º, III:

“Art. 1º. Para efeito da avaliação da pós-graduação nacional realizada pela Capes, o corpo docente dos programas desse nível de ensino é composto por três categorias de docentes:

I - docentes permanentes, constituindo o núcleo principal de docentes do programa;

II - docentes visitantes;

III - docentes colaboradores.

Art. 2º Integram a categoria de docentes permanentes os docentes assim enquadrados pelo programa e que atendam a todos os seguintes pré-requisitos:

[...]

§ 2º. Competirá a cada área de avaliação ou grande área, dentro dos parâmetros definidos como aceitáveis pelo Conselho Técnico e Científico e consideradas suas especificidades e as dos programas em análise, estabelecer:

I – o percentual máximo de docentes permanentes que pode corresponder a profissionais enquadrados nas condições especiais previstas pelas alíneas a, b e c do inciso IV do caput deste artigo, ou outro referencial que atenda a essa finalidade;

II – o percentual mínimo de docentes permanentes que deverá ter regime de dedicação integral à instituição;

**III – sob que condições ou dentro de quais limites poderá ser aceita a participação de docentes permanentes de mais de um programa, vinculado à própria ou a outra instituição.** (sem destaques, no original).

Em cumprimento a esta normatividade, a Representação da Área do Direito, junto à CAPES, editou documento intitulado **“Normas para Apresentação de Propostas de Criação de Novos Cursos de Mestrado Acadêmico/Mestrado Profissional”**, de mar/2007, integrante dos **“Critérios de Implantação de Mestrado e Doutorado Acadêmico/Mestrado Profissional”**, fixando critérios para implantação de Mestrado e Doutorado em Direito. Dando coro a entendimento firmado anteriormente (em Dez/2004, no Fórum de Coordenadores, realizado na UFBA) e após reunião do Grande Comitê de Área do Direito, realizada na UFPR, em junho/2005, o referido documento justificou em sua consideração preambular para, empós, estabelecer:

**“A representação da Área do Direito junto a Capes procurou arrolar um conjunto de regras que facilitem a apresentação de uma proposta de cursos novos, com lastro na Constituição da República e legislação vigente, tudo a partir de várias reuniões realizadas pelos programas que integram, na Área, o SNPG, conforme documento já elaborado na primeira delas e onde constou, com ampla divulgação: “O Fórum de Coordenadores se reuniu em Salvador,<sup>2</sup> sob**

---

<sup>2</sup> Estiveram presentes os Programas de Pós-Graduação em Direito das seguintes IES, que deliberaram e votaram as diretrizes mencionadas neste documento: PUC-Rio, UFPR,

os auspícios do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, nos dias 02 e 03 de dezembro de 2004 e revisou os critérios anteriormente estipulados, sob a luz das novas diretrizes contidas na Portaria CAPES 68, de 2004, os quais devem sempre ser considerados qualitativamente, e não apenas como um singelo apanhado de critérios numéricos.” **Referidos critérios serão aplicados pela representação da Área, que oferecerá parecer, o qual deverá ser acolhido ou não pelo Conselho Técnico Científico. Assim, para efeito de julgamento de cursos novos:**

[...]

4) Não serão aceitos docentes no corpo permanente que tenham regime de trabalho inferior a 40 horas/aula semanais na IES (dedicação integral, não sendo necessária a dedicação exclusiva).

**5) Incluídos no total do corpo docente permanente será aceito percentual de até 20% de docentes que preencham as condições previstas no art. 2º, § 2º, inciso III, da Portaria 68/04 (docentes permanentes de mais de um programa, vinculados à mesma ou a outra instituição). Um docente não poderá participar, como permanente, em mais do que dois Programas”.** (alínea sem destaques, no original).

Como se vê da Portaria 68/2004-CAPES, cada Área de Avaliação ou Grande Área fixaria critérios complementares ao por ela estabelecidos. A Área do Direito fixou seus critérios nos termos ora transcritos. Mas é sabido que as demais Áreas adotaram critérios semelhantes, algumas até mais rígidos.

Apesar do muito que se poderia aqui dissertar, fixemos nosso objeto de apreciação: a limitação a que os professores do corpo permanente de Mestrados e Doutorados em Direito se vinculem a um único Programa ou, excepcionalmente, que até 20% deles possam se vincular a um segundo Programa (e não mais além disso).

É de se indagar a legalidade desta regulamentação pela CAPES, considerando que restringe a liberdade de trabalho e cria, sem autorização de lei, uma exclusividade do professor para com um único Programa, o que pode não lhe ser conveniente. Mesmo que por vias transversas, cria uma forma peculiar de “dedicação exclusiva” do professor a um determinado e único Programa de Pós-Graduação *stricto sensu*. Não uma exclusividade para qualquer atividade; mas uma modalidade na qual, em termos de magistério em Mestrados e Doutorados, não possa fazer parte do corpo permanente de outros Programas, mesmo que desenvolvidos na mesma Instituição de Ensino e atendidos os requisitos técnico-formais da profissão.

Tal exigência fere a liberdade de trabalho? Haverá uma sutil violação do direito ao trabalho? Há proporcionalidade e razoabilidade na medida?

A preocupação com a qualidade do Curso autoriza um órgão público, por meio de simples Portaria, a limitar a liberdade de trabalho de um profissional? Se a vinculação a dois ou mais programas de mestrado ou doutorado prejudica a qualidade do Curso, isto não deveria ser analisado em cada situação particular, em concreto, e não genericamente?

---

UNISANTOS, FDC, PUC-MG, FDV, UFPB, UEA, UFPA, FUNDINOPI, USP, UNIVEM, UNESP, UFMG, UNIPAR, UNISC, UFRGS, UGF, PUC-PR, UNISINOS, UNESA, UNIMES, ITE, UERJ, UFSC, UNIFOR, UNIVALI, UEM, UFPE, UFBA.

Estas considerações não constituem nenhum demérito ao prestimoso trabalho da CAPES, sem o qual, reconhece-se, os Mestrados e Doutorados no Brasil estariam muito piores nos resultados que hoje apresentam.<sup>3</sup> Mas é natural que um órgão de estrutura tão complexa, com profissionais de diversas áreas, incida em eventuais e involuntários equívocos jurídicos ou que despertem opiniões discrepantes, como a que ora se veicula.

Tampouco sequer se cogita, aqui, da defesa de interesse particular ou pessoal deste autor em lecionar em vários Mestrados/Doutorados, simultaneamente, por razões íntimas e profissionais, lembrando, ainda, impedimento legal, chancelada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resol. 03/2005), a vedar tal feito aos membros do Ministério Público, instituição a que este articulista integra, com muita honra, satisfação e célebre orgulho. O interesse traduzido nestas páginas é de ordem intelectual, jurídica, e não pecuniária nem mercadeja.

## 2. O direito fundamental ao trabalho ou liberdade de trabalho

Nestas perscrutações, parte-se do pressuposto de que o professor de Mestrado e Doutorado preenche os requisitos formais-legais para exercer sua profissão, detendo o título apropriado e sendo admitido regularmente (por concurso, nas Instituições públicas). O que se vai apreciar, a seguir, são os requisitos criados por normas infralegais, como as Portarias.

Reboa o art. 23º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: *“Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”*. Eis, pois, a maior prova jurídico-política da universalidade do direito ao trabalho, posto reconhecido por norma internacional histórica.

O **direito ao trabalho**, embora com denominações nem sempre idênticas (liberdade de trabalho, liberdade de trabalhar, direito de exercer qualquer ofício ou profissão, liberdade de ação profissional...), vem assegurado pela maioria das Constituições democráticas, no rol dos direitos fundamentais. No Brasil, está consagrado no art. 5º, XIII, CF: *“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”*. Outros dispositivos da CF/88 também o prevêm, valendo citar que o art. 1º, IV, coloca os **valores sociais do trabalho** como fundamentos da República Federativa do Brasil; e que o art. 170, *caput*, é peremptório em afirmar: *“A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim*

---

<sup>3</sup> As atividades da Capes alinham-se em quatro grandes grupos: a) avaliação da pós-graduação stricto sensu; b) acesso e divulgação da produção científica; c) investimentos na formação de recursos de alto nível no país e exterior; d) promoção da cooperação científica internacional.

“A Capes tem sido decisiva para os êxitos alcançados pelo sistema nacional de pós-graduação, tanto no que diz respeito à consolidação do quadro atual, como na construção das mudanças que o avanço do conhecimento e as demandas da sociedade exigem” (<http://www.capes.gov.br/sobre/historia.html>, acessado em 04/01/2008).

*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”* (grifou-se). Em seu inc. VII, o mesmo art. 170 estabelece o princípio do **“pleno emprego”**. O parág. Único, ainda deste dispositivo, assegura *“a todos o livre exercício de qualquer atividade, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”*.

A liberdade de trabalho não se trata, portanto, de um direito qualquer, senão de um direito com envergadura constitucional, dotado de reconhecimento mundial, inerente a um tema maior: as liberdades sociais. Ficam os Estados obrigados a assegurá-lo, por meio de medidas e providências que tornem efetiva a sua realização. Cabe aos Estados garantirem não um trabalho qualquer, em condições danosas, mas, sim, um “trabalho decente” (como se refere a OIT), em condições compatíveis com a dignidade e a saúde humanas.

Sendo modalidade de direito fundamental, o direito ao trabalho é inalienável, pois, como tantos outros (a vida, a liberdade, a propriedade...), é condição de dignidade do ser humano. O trabalho é fator de independência e libertação do ser humano, pois o livra dos favores, das esmolas e das sombras dos senhorios. Desde a mais remota idade histórica, o trabalho se apresentou como atividade essencial para a obtenção de víveres e mantimentos indispensáveis à sobrevivência. A atividade humana tem transformado a matéria em energia e, deste modo, promovido a evolução dos seres. Modifica a natureza, continuamente, propiciando a sobrevivência do homem e de outros animais, aprimorando a qualidade de vida e a dignidade que lhe é tão cara. O trabalho consciente torna a humanidade privilegiada frente aos demais seres, porque, assim, a atividade construtiva pode ser direcionada para múltiplas finalidades, no que bem se diferencia do labor incansável e esplêndido – mas meramente intuitivo – das abelhas e das formigas, por exemplo.

Se, na Antigüidade, o trabalho era encarado como atribuição dos pobres, porque a atividade laborativa era considerada vergonhosa,<sup>4</sup> a partir do Século XVIII houve uma guinada axiológica fundamental, no sentido de respeito e valorização do trabalho humano. O Século XX, então, trouxe o coroamento da previsão constitucional dos direitos sociais, destacadamente dos direitos inerentes à labuta humana: os chamados direitos trabalhistas.

Após o reconhecimento dos direitos sociais e, dentre eles, a liberdade de trabalho como direito fundamental, marchou-se para a sua tutela, a busca por políticas públicas de implementação de emprego, a proteção institucional do trabalho em si e dos sujeitos a ele relacionados, a regulamentação das relações jurídicas da atividade profissional etc.

---

<sup>4</sup> Na Roma e na Grécia antiga, o trabalho era considerado indigno, sendo destinado ao escravo. Trabalhar era vergonhoso para o cidadão, incumbindo-se ele, apenas, das atividades nobres, como guerrear, comandar, representar o povo etc. Na maioria das línguas, sua etimologia tem sentido pejorativo, significando esforço, cansaço, pena, castigo, expiação. A palavra *trabalho* deriva do latim *tripalium*, instrumento de suplício utilizado contra os escravos romanos. Por sua vez, *labor* vem do verbo *labor*, que significa vacilar sob um grande peso, sofrendo forte dor. E neste sentido é tão antigo que mesmo as Sagradas Escrituras dizem: “Comerás o pão com o suor do teu rosto” (Gên. 3,19). Com a evolução social e humanística, foi-se abolindo a escravidão, surgindo novas necessidades, exigindo o trabalho de todos e a conseqüente mudança no modo de encará-lo.

Contudo, a doutrina e as teorias sobre direitos humanos (no plano internacional) e dos direitos fundamentais (no ambiente constitucional interno) avançou consideravelmente na segunda metade do Século XX. O traço da sua essencialidade para a preservação da dignidade logrou adornos mais fortalecedores. Dentre a gama destes direitos, partiu-se à busca de um núcleo ainda mais essencial ao sadio e adequado desenvolvimento da personalidade do ser humano, surgindo a teoria do **mínimo essencial** ou **mínimo existencial**.

Assim, a doutrina moderna dos direitos fundamentais marchou para uma nova nomenclatura, adotando uma categoria qualificada destes direitos: o **mínimo existencial**, fundado na dignidade da pessoa humana, que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, para o desenvolvimento da personalidade.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>5</sup> chama a atenção para a distinção entre o “mínimo existencial” e o “mínimo vital” ou “um mínimo de sobrevivência”. Este último pertine à garantia da vida humana, “sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é — e muitas vezes não o é sequer de longe — o suficiente. Tal constatação, todavia, nunca impediu que se sustentasse que a obrigação do Estado — em termos de direitos subjetivos a prestações — estaria limitada à garantia do mínimo vital”.<sup>6</sup>

Continua o autor, afirmando, sobre a fundamentação do direito fundamental a um mínimo existencial, que parte expressiva dos autores europeus, especialmente na Alemanha, escudam-se na própria garantia da **dignidade** da pessoa humana e no dever de sua concretização pelos órgãos estatais a partir da cláusula geral do Estado Social. E que, diferentemente, no mundo anglo-saxão de um modo geral, o mínimo existencial recebeu uma fundamentação eminentemente liberal, como garantia da própria **liberdade**, mais precisamente nos princípios da liberdade e da autonomia da vontade.<sup>7</sup>

O direito ao trabalho faz parte, a nosso ver, deste mínimo existencial e é complementado pelos demais direitos trabalhistas em espécie (salário digno, férias, repousos, proteção contra acidentes e doenças profissionais etc.). Estes últimos não compõem o mínimo existencial, o núcleo essencial, mas são importantes para a dignidade humana, situando-se no rol dos direitos fundamentais. De fato, não se pode imaginar que viva com dignidade o homem explorado pelo semelhante, humilhado em suas necessidades, privado dos bens que possam lhe proporcionar felicidade, prazer e desenvolvimento. É pelo trabalho que o homem conquista o direito de obter esses bens; é pelo salário

---

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e Direito Privado: Breves Notas sobre Alguns Aspectos da Possível Eficácia dos Direitos Sociais nas Relações entre Particulares”. In *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 551-602.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais...*, ob. cit., p. 567.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais...*, ob. cit., p. 568.

digno e pelo trabalho decente que se impõe e se iguala aos demais, reduzindo suas privações ao que o mundo oferece.

### 3. A consistência do direito ao trabalho

Existem expressões que, apesar de aparentarem um mesmo fenômeno, na verdade cuidam de realidades distintas. São exemplos: direito ao trabalho, direito de trabalhar, direito ao emprego e Direito do Trabalho.

O **Direito ao trabalho** é uma aptidão, uma faculdade que possui o ser humano de exercitar sua arte, sua profissão, seu ofício. Toda pessoa é titular deste direito e pode exercitá-lo, sendo um *direito* inerente ao Estado contemporâneo, às democracias, à compreensão dinâmica de sociedade organizada e evoluída. Ressalve-se, apenas, que a atividade exercida pelo indivíduo não pode conflitar com os interesses sociais, prevista como ilegal, tal o caso do exercício do tráfico de entorpecentes, tipificado pela norma penal; carece ter os requisitos para o desempenho do trabalho (art. 5º, XIII, CF) e capacidade para trabalhar, da qual são desprovidos os menores de 16 anos (art. 7º, XXXIII, CF). Também as condições da labuta são importantes para que ela possa ser desempenhada, tanto para a proteção do trabalhador quanto para a proteção dos que recebem o serviço.

No constitucionalismo liberal, fala-se em **liberdade de trabalho**, expressão ainda hoje utilizada no Direito Comparado. O fundamento, neste passo, é o da **liberdade** do ser humano em desempenhar qualquer atividade laborativa profissionalmente. Inspirou-a a autonomia da vontade das partes, a liberdade contratual, no círculo liberal de atuação do homem em contacto com o meio. Tinha-se, aí, nítida visão do tema sob a ótica da produção, do enriquecimento das nações, da construção do capital, da relação empresarial. De um lado, o capital precisava que as pessoas estivessem livres para venderem sua mão-de-obra; e, de outro, assegurava-se o trabalho em qualquer ofício ou profissão. O primado liberal básico, então, é o da liberdade de trabalho, inerente a todos os homens. E esta liberdade só pode ser restringida através do Estado, levando em consideração o interesse público, o interesse da sociedade.

No Estado de Direito, que não repugna obrigatoriamente a perspectiva liberal, a limitação à liberdade de trabalho só pode ser feita através do legislativo, ante a séria possibilidade de afetar a relação capital-trabalho, os meios de produção. Somente um órgão estatal dotado de larga legitimidade pode tratar de assunto tão complexo e tão caro à sociedade, ao regime. Portanto, somente a **lei** pode cuidar do tema restricional. E, ainda por cima, com as devidas cautelas.

Na perspectiva social, o direito ao trabalho foi matizado pela **dignidade** do homem, sendo caracterizado como instrumento de sobrevivência, de aquisição de bens que oferecem satisfação às necessidades humanas e de atividade indispensável ao desenvolvimento da sociedade, na construção de melhores condições de vida.

As teorias de direitos humanos (e, de resto, de direitos fundamentais) abraçaram ambas as perspectivas: a liberdade de trabalhar é indispensável à dignidade humana e à realização dos anseios da sociedade, e deve se pautar no interesse social. É que o absolutismo individual foi demarcado pelo relativismo de direitos, tão inerente aos sistemas democráticos, sob a inspiração da compatibilidade entre liberdade e solidariedade humanas.

José Afonso da Silva vê o direito insculpido no art. 5º, XIII, CF, autêntico direito individual, pois nele se garante o trabalho, não se assegura o conteúdo do trabalho, nem a possibilidade de trabalho, nem o emprego nem tampouco as condições materiais para a investidura num ofício ou para a aquisição de qualquer profissão.<sup>8</sup>

Na Constituição portuguesa, o direito ao trabalho faz parte do título “Direitos e Deveres Econômicos, Sociais e Culturais”, mais especificamente do capítulo 1 (“Direitos e Deveres Econômicos”), cujo art. 58º inicia assim: “Todos têm direito ao trabalho”. Em seguida, o artigo menciona as obrigações do Estado para assegurar o direito ao trabalho. Canotilho e Vital Moreira, comentando a Constituição de Portugal, escrevem:

“1. É sem dúvida significativo o facto de o direito ao trabalho ser o primeiro dos **direitos económicos, sociais e culturais**, categoria que constitui uma das duas grandes divisões constitucionais dos direitos fundamentais, ao lado dos «direitos, liberdades e garantias» (...). O direito ao trabalho está, assim, para os direitos económicos, sociais e culturais, na mesma posição em que se encontra o direito à vida no quadro dos direitos, liberdades e garantias, cujo elenco igualmente inicia. Não sucede isto por acaso: o direito ao trabalho constitui, de certo modo, um pressuposto e um antecedente lógico de todos os restantes direitos económicos, sociais e culturais. Noutra perspectiva, aliás, o direito ao trabalho é mesmo pressuposto do próprio direito à vida, enquanto direito à sobrevivência”.<sup>9</sup>

A dicotomia em situar topologicamente o direito ao trabalho no plano dos direitos fundamentais merece as seguintes considerações, ora tecidas brevemente: (a) não há mais dúvida de que o direito ao trabalho integra os direitos fundamentais; (b) algumas Constituições o colocam ora como direito individual, relacionado à liberdade perante o Estado e os particulares (Brasil), ora como direito econômico e social (Portugal); (c) em ambas as situações, os reflexos jurídicos e sociais são praticamente os mesmos, pelo que, para efeitos deste trabalho investigativo, não haverá incursão doutrinária no enfrentamento do que seja mais apropriado à taxinomia do direito ao trabalho nas Constituições, embora estejamos convencidos de que a opção portuguesa se apresenta mais apropriada.

Como aduz Jorge Miranda, a liberdade de trabalho tem sentido *latíssimo sensu* e compreende: (a) positivamente, a liberdade de escolha e de exercício de qualquer gênero ou modo de trabalho lícito, seja profissional ou não, típico ou

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 227-228.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *CRP – Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 1, p. 762-763.



atípico, permanente ou temporário, subordinado ou autônomo, esteja estatutariamente definido ou não; e (b) negativamente, a interdição de trabalho obrigatório, a impossibilidade de o Estado vincular quem quer que seja a qualquer trabalho em concreto ou a certo gênero de trabalho, profissional ou não.<sup>10</sup>

Mais adiante, o mesmo Jorge Miranda acrescenta que a liberdade de trabalho revela-se tanto *liberdade de escolha* quanto *liberdade de exercício* de qualquer profissão, visto que uma pressupõe a outra. Referindo-se ao art. 47º, nº 1, da Constituição Portuguesa, o referido doutrinador comenta a possibilidade de restrição da liberdade de trabalho, salientando que as regras limitadoras devem ser interpretadas restritivamente. Em suas próprias palavras:

“As restrições têm de ser legais, não podem ser instituídas por via regulamentária ou por acto administrativo. Todavia, não é apenas por haver lei a estabelecer restrições que elas se tornam admissíveis: é mister, sob pena de desvio de poder legislativo, estear a decisão legislativa num fundamento razoável. E não basta a alegação do interesse colectivo: é mister fazê-lo patente, tem de ser um interesse compatível com os valores constitucionais e só pode projectar-se sobre a liberdade de profissão na medida do necessário”.<sup>11</sup>

Por fim, atento à importância das profissões para a sociedade e a premência de sua credibilidade, Jorge Miranda admoesta:

“Mas não há profissões livres sem o sentimento jurídico de que são necessárias, úteis e idóneas; não há profissões livres sem confiança social; e a confiança resulta tanto da verificação reiterada de idoneidade científica e técnica como da certeza da sujeição dos profissionais a um sentido ético da profissão. Daí a importância, muito maior do que noutras actividades, das regras deontológicas — que se convertem em regras jurídicas; daí uma disciplina que deve abranger todos os que se dedicam à mesma profissão; daí, enfim, um enquadramento estatutário destinado a permitir a integração dos profissionais, com liberdade, quer perante os órgãos de decisão política do Estado quer perante quaisquer outros poderes e quaisquer eventuais empregadores privados”.<sup>12</sup>

“Quanto às restrições ‘inerentes à sua própria capacidade’, têm de ser restrições objectivas a um duplo título: como restrições traçadas, não em razão de certa e determinada pessoa, mas em razão de uma pluralidade indefinida de pessoas; e com restrições apuradas, segundo padrões igualmente objectivos, por órgãos ou agentes independentes. Trata-se de restrições por causa de desigualdades reais entre as pessoas (de preparação, de conhecimentos, de aptidão, de vontade) que, porém, podem resultar de desigualdades económicas, sociais e culturais a superar através do ensino (art. 74º, nº 2, da Constituição). Se algumas são inelutáveis — como inelutáveis são as diferenças entre as pessoas — outras podem ser ultrapassadas ou atenuadas pelo esforço pessoal e pela prestação de bens e serviços pelo Estado e pela sociedade (arts. 9º, alínea d, e 74º, nº 3).

Fácil é de observar, que embora um e outro tipo de restrições possam relevar em qualquer momento, as restrições relativas à capacidade projectam-se mais na

---

<sup>10</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1988, tomo IV, p. 408. “A liberdade não é apenas para iniciar uma profissão e para continuar a praticá-la; é também para determinar o sentido de cada um dos actos da profissão. Os resultados podem ser heteronomamente fixados, não os meios” (MIRANDA, ob. cit., p. 413).

<sup>11</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...*, cit., p. 411.

<sup>12</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...*, cit., p. 414.

concretização da escolha do que no exercício e que as derivadas do interesse colectivo se dirigem quase exclusivamente ao momento do exercício. Fácil é outrossim de verificar um diferente grau de restrições, em crescendo da escolha para o exercício”.<sup>13</sup>

Com acerto, finaliza: “Só à lei cabe realizar esse enquadramento, tendo em conta as linhas mestras do sistema constitucional, as estruturas e circunstâncias políticas, culturais e económico-sociais do país, as tradições corporativas ou paracorporativas das profissões ou outras variáveis relevantes”.<sup>14</sup>

No Brasil, a escassa doutrina vocífera, através de Uadi Lammêgo Bulos, que a liberdade de trabalho, prevista no art. 5º, XIII, CF, garante a livre opção da atividade a ser desenvolvida e o direito de exercer o que foi escolhido, longe das interferências do Poder Público. “Do ponto de vista prescriptivo, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão abarca conteúdo amplo, abrangendo a liberdade de comércio e a de indústria. Tanto as pessoas físicas como as jurídicas podem valer-se desta garantia constitucional, indistintamente.”<sup>15</sup>

Em páginas ulteriores, Uadi Lammêgo Bulos persevera, ao comentar o art. 170, CF, que a ordem económica deve priorizar o labor humano como valor constitucional supremo em relação aos demais valores integrantes da economia de mercado e, ao anotar o inc. VII (busca do pleno emprego), do mesmo dispositivo, explica a mensagem transmitida pelo constituinte: “a ordem económica se funda na valorização do trabalho humano, e, por isso, o labor configuraria base do sistema produtivo”.<sup>16</sup> A igual conclusão chega José Afonso da Silva: “Quer-se que o trabalho seja a base do sistema económico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem económica”.<sup>17</sup>

De forma elucidativa, Eros Grau, ao cotejar o art. 1º, IV (valor social do trabalho), com o art. 170, *caput* (valorização do trabalho humano e livre iniciativa), ambos da CF/88, manifesta que tanto a *valorização do trabalho humano* quanto o reconhecimento do *valor social do trabalho* consubstanciam cláusulas principiológicas que portam em si evidentes potencialidades transformadoras. Na inteiração com os demais princípios constitucionais, expressam prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem económica.<sup>18</sup> E arremata que o art. 170, *caput*, CF, coloca lado a lado *trabalho humano* e *livre iniciativa*, curando contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado”.<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional..., cit., p. 412.

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional..., cit., p. 414.

<sup>15</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 175.

<sup>16</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, ob. cit., p. 1261 e 1264.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 668.

<sup>18</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Económica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 219-220.

<sup>19</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Económica na Constituição de 1988*, ob. cit., p. 226.

Um direito fundamental digno de ser mencionado, surgido da relação privada contratual, é o **direito de trabalhar**, consistente em vedar ao empregador que se recuse a conceder trabalho e condições de trabalho ao empregado. Com a celebração do contrato, surge o direito à relação trabalhista, o direito de exigir o serviço, tanto pelo empregado quanto pelo empregador. Uma vez celebrado o contrato e iniciada a relação laboral, o empregador não pode impedir o obreiro de desenvolver as atividades convencionadas nem pode deixar de lhe dar os meios e instrumentos necessários a tanto. A eventual recusa enseja despedida indireta (art. 483, “d” e “e”, CLT) e reparação de danos causados à honra e à imagem do trabalhador. É o que tem entendido a jurisprudência pátria, conforme se vê dos seguintes julgados, colhidos por amostragem:

**Assédio moral. Contrato de inação. Indenização por dano moral.** A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. **No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por conseqüência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado.**<sup>20</sup>

*Assédio moral. Destituição de cargo de confiança. Sucessivas transferências de setores. Caracterização.* Muito embora a destituição do cargo de confiança dependa da livre vontade do empregador, há de se ponderar que a reclamada, após a destituição do cargo de confiança e sem justificativa plausível, promoveu, em curto espaço de tempo, transferências da reclamante para diversos setores, circunstância que, por si só, demonstra conduta intimidatória e persecutória da reclamada, pois gera no trabalhador sentimento de insegurança profissional. Além disso, resta inquestionável que a obreira foi aproveitada em cargos que estavam muito aquém da sua capacidade ou que sequer tinham atribuições a serem desenvolvidas **(a trabalhadora era mantida em ociosidade durante sua jornada de trabalho), ficando a obreira submetida a situações vexatórias e humilhantes.** Tais condutas caracterizam o assédio moral, o que veio a agravar a doença psiquiátrica sofrida pela obreira. Indenização por dano moral deferida. Recurso ordinário parcialmente provido.<sup>21</sup>

O **direito ao trabalho** é de ordem pública, dirigindo-se contra o Estado (absenteísmo) e contra particulares, sendo direito inerente a todos os cidadãos. Mas, ao mesmo tempo, exige a presença do Estado para as políticas laborais, a

<sup>20</sup> TRT-17ª Região, RO 1315.2000.00.17.00.1, Ac. 2276/2001, Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio, 20/08/02, Revista LTr 66-10/1237.

<sup>21</sup> TRT-15ª Reg., 5ª Câ., RO 01107-2004-015-15-00-4, Rel. Juiz Lorival Ferreira dos Santos, DJSP 21/09/2007, p. 106; in *Suplemento Trabalhista LTR* 40/2007.

Para o TST, configura dano moral quando o banco determina o afastamento do empregado e se omite sobre a sua situação funcional, “deixando-o, por longo período, em situação de incerteza quanto ao local de trabalho e funções, causando-lhe humilhação e constrangimento perante a comunidade local. Trata-se de procedimento em que está embutida a desqualificação profissional do trabalhador com o esvaziamento de suas atividades, o que constitui assédio moral, com o dano consistente na afronta à dignidade do trabalhador, em seu valor como ser humano” (TST/1ª T., AIRR 1.881/2002-107-08-40.0, Rel. Juíza convocada Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro, DJU 03/08/2007, p. 1.317; in *Suplemento Trabalhista LTR* 36/2007).

fim de assegurar a sua concretização. O **direito de trabalhar**, por sua vez, nasce do contrato de trabalho e se refere ao serviço *in concreto*, no complexo de direitos e obrigações convencionados no pacto laboral, que une cláusulas inderrogáveis, estabelecidas pela legislação, e cláusulas livremente acertadas pelos contratantes. A bem da verdade, em concreto, o trabalhador tem, a um só tempo, **direito** de trabalhar e, também, **dever** de trabalhar, razão pela qual a sua incúria, o desleixo, a preguiça e outras comodidades do espírito ensejam a punição pelo empregador, sendo causa, em algumas situações, para a ruptura contratual.

#### 4. Restrições ao direito fundamental ao trabalho

J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira lecionam que “a maior parte dos direitos sociais possui, além da sua característica componente positiva, também uma *componente negativa*, que se traduz num direito à abstenção do Estado (ou de terceiros). Assim, por exemplo, o direito ao trabalho não consiste apenas na obrigação do Estado de criar ou de contribuir para criar postos de trabalho (cfr. Art. 58º-3), antes implica também a obrigação de o Estado se *abster* de impedir ou limitar o acesso dos cidadãos ao trabalho (liberdade de acesso ao trabalho)”.<sup>22</sup>

Jane Reis Gonçalves Pereira explica que hoje é aceita a noção de que os direitos fundamentais só podem ser restringidos em caráter geral por meio de *lei em sentido formal*. “Isso ocorre tanto em matéria de restrições expressamente autorizadas pela Constituição como quando se trata de restrições implicitamente autorizadas. É que, se a Constituição exige a forma de lei ao permitir expressamente uma restrição, não haveria sentido algum em afastar essa exigência nas hipóteses em que as restrições aos direitos não decorrem de autorização constitucional explícita. Em ambos os casos, o princípio jurídico aplicável é o da ‘reserva de lei restritiva’”.<sup>23</sup>

As restrições expressamente autorizadas pela Constituição podem consistir em poderes de restrição a direitos fundamentais pelo legislador. Ditas restrições à reserva de lei podem ser:

- (a) reserva de lei simples, quando o preceito constitucional se limita a prever a intervenção legislativa sem determinar qual será o objeto ou a finalidade da lei, por meio de fórmulas genéricas do tipo: *na forma da lei, nos termos da lei etc.*;
- (b) reserva legal qualificada, nos casos em que o constituinte, além de prever a possibilidade de ação legislativa, determina previamente qual deverá ser o objeto e a finalidade da lei reguladora. Nesta

---

<sup>22</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 127.

<sup>23</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais – uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 302-303.

espécie, a Constituição possibilita que a restrição seja feita por lei, mas, de antemão, já define o objeto, a finalidade ou o âmbito temático da lei reguladora. E Jane Reis Pereira inclui nesta categoria o art. 5º, XIII, CF (liberdade de trabalho).<sup>24</sup>

Dentro da possibilidade de restrição, há, ainda, um espaço limitado em que o legislador pode caminhar. Os princípios da razoabilidade, da ponderação e da proporcionalidade são norteadores de sua atuação. Daí, ainda, falar-se em “limites dos limites” ou “limites às restrições”, como fórmula de impedir que o legislador saia do campo constitucional e restrinja direitos fundamentais além da conta.

A mesma Jane Reis Pereira anota: “No constitucionalismo germânico, por exemplo, costumam ser apontados como *limites dos limites* o princípio da proporcionalidade e do respeito ao conteúdo essencial, o princípio da reserva legal, a proibição de que as leis restritivas versem sobre um só caso, e o comando no sentido de que a lei mencione o direito fundamental restringido”.<sup>25</sup> Complementa a autora que enquanto Constituições como a portuguesa são expressas em cuidar dos limites e dos “limites dos limites” dos direitos fundamentais, a ordem constitucional brasileira não faz referência expressa ao regime jurídico das restrições aos direitos fundamentais. “Não obstante, tais garantias defluem do caráter supremo e vinculante das disposições de direito fundamental e do princípio do Estado de Direito, uma vez que consubstanciam exigências fundamentais para a proteção dos direitos e liberdades constitucionais”.<sup>26</sup>

Estas regras e métodos interpretativos também se aplicam ao direito ao trabalho, como modalidade que é de direito fundamental. Portanto, sua restrição há de ser ponderada, servindo de limite ao poder do Estado de limitar a atividade laboral.

Sob o ponto de vista dogmático, é de se transcreverem os seguintes dispositivos da Constituição brasileira:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do **trabalho**;

XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o **exercício de profissões**” (sem grifos, no original).

Entende-se por União Federal a unidade política, de âmbito federal (senão, nacional), dotada de personalidade jurídica pública e patrimônio próprio. Não se confunde, portanto, com suas autarquias, fundações e demais entidades da Administração Indireta, que são autônomas. A União Federal é a própria Administração Direta federal, composta do Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público. Logo, a competência legislativa da União, em matéria de

<sup>24</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional...*, cit., p. 210 e 211.

<sup>25</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional...*, cit., p. 298.

<sup>26</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional...*, cit., p. 300-301.

Direito do Trabalho e de condições para o exercício de profissões, é exercida pelo Congresso Nacional, com a participação do Executivo (ao sancionar a lei), em face da complexidade do processo legislativo.

Compreende-se bem esta realidade jurídica com o disposto no art. 48, CF:

“Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre **todas as matérias de competência da União**, especialmente sobre: (...)” (grifamos).

Observe-se que o *caput* do art. 22, citado, expressa-se assim: “*compete privativamente à União legislar sobre*”. Confrontando-se esta disposição com o art. 48, também citado, conclui-se que somente lei federal poderá dispor sobre direito do trabalho, não se admitindo decretos ou regulamentos autônomos. A estes fica a função meramente complementar e subordinada à lei.

Portanto, matéria trabalhista há de ser regulada por lei federal<sup>27</sup> e, nos limites em que ela autorizar, por outras fontes normativas, complementarmente, dentro dos estritos limites por ela estabelecidos. Não é razoável que enquanto a regulação de direito do trabalho e de condições especiais para o exercício de determinadas profissões dependam de lei, a restrição a elas possa se dar por normas de escalão inferior. A pirâmide normativa seria facilmente invertida, comprometendo o Estado de Direito e a idéia democrática de legislativo. Por isto, o STF vem entendendo que a regulamentação do trabalho há de se manifestar por meio de lei, explicitando, p. ex., que os Conselhos profissionais têm o poder de polícia apenas quanto “ao exercício profissional, mas não o têm de regulamentar a profissão, que é reserva da lei”.<sup>28</sup>

Voltando à CAPES, viu-se que ela é uma fundação de direito público; logo, com personalidade jurídica própria, distinta da personalidade da União Federal. Seu poder de legislar é limitado, especialmente em tema da alçada da União Federal, sobretudo quando não existe nenhuma lei permissiva desta invasão reguladora. Os poderes que recebeu foi para regular a atividade da educação, sobretudo na tarefa fiscalizatória dos Programas de Pós-Graduação. Extravaza de sua competência a regulação de atividades laborais e de desempenho de trabalho por profissionais que preenchem os requisitos impostos pelo ordenamento legítimo.

## 5. Poder de Polícia e restrição às liberdades fundamentais

<sup>27</sup> Reiteradamente, o STF tem confirmado esta assertiva, conforme se vê de decisão proferida em 14/01/2008, na ADIn 3.587: “Por entender usurpada a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho e condições para o exercício de profissões (CF, art. 22, I e XVI, respectivamente), o Plenário do STF, relator o Min. Gilmar Mendes, julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Distrito Federal para declarar a inconstitucionalidade da Lei distrital 3.136/2003, que disciplina a atividade de transporte de bagagens nos terminais rodoviários do Distrito Federal”.

<sup>28</sup> STF, RE n.º 94.441/RJ, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJ de 07.10.1983.

Administrativamente, o *poder de polícia* é o instrumento jurídico do qual se vale o Estado para limitar certos direitos.

O conceito de *poder de polícia*, na legislação brasileira, encontra-se no art. 78, do Código Tributário Nacional, agasalhando a concepção da doutrina majoritária, pelo que fica esta dispensada de ser apresentada:

**Art. 78.** Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

**Parágrafo único.** Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

O poder de polícia não justifica, por si só, a restrição ao direito fundamental ao trabalho, à liberdade de trabalho nem à liberdade contratual, pois sabidamente ele apenas objetiva a tranqüilidade, a segurança, o interesse público e a salubridade, visando ao bem comum.

No plano tributário, o STF editou verbetes sumulares (Súmulas 70, 323 e 547) entendendo que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de natureza sancionatórias por inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas, dentre as quais a de trabalho (cfr. RTJ 125/395, Rel. Min. Octavio Gallotti). O Min. Celso de Mello, em voto exemplar e conteúdo reiterado na Corte, esclareceu:

“A circunstância **de não se revelarem absolutos** os direitos e garantias individuais proclamados no texto constitucional **não significa** que a Administração Tributária possa **frustrar** o exercício da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, **impondo-lhe** exigências gravosas, que, **não obstante** as prerrogativas extraordinárias que (**já**) garantem o crédito tributário, **visem**, em última análise, **a constranger** o devedor a satisfazer débitos fiscais que sobre ele incidam.

**O fato irrecusável**, nesta matéria, **como já evidenciado** pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, **é que o Estado não pode valer-se** de meios indiretos de coerção, **convertendo-os em instrumentos de acerto** da relação tributária, **para**, em função deles – e mediante interdição **ou** grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional - **constranger** o contribuinte **a adimplir** obrigações fiscais eventualmente em atraso”.<sup>29</sup>

Hely Lopes Meirelles lecionava que “o regime de *liberdades públicas* em que vivemos assegura o *uso normal* dos direitos individuais, mas não autoriza o

<sup>29</sup> STF, Pleno, RE 413.782-8/SC, Min. Celso de Mello, j. 17/03/2005.

*abuso*, nem permite o *exercício anti-social* desses direitos. As liberdades admitem limitações e os direitos pedem condicionamento ao bem-estar social. Essas restrições ficam a cargo da polícia administrativa. Mas, sob a invocação do *poder de polícia* não pode a autoridade anular as liberdades públicas ou aniquilar os direitos fundamentais do indivíduo, assegurados na Constituição, dentre os quais se inserem o direito de propriedade e o exercício de profissão regulamentada ou de atividade lícita”.<sup>30</sup>

Cretella Júnior salienta que o poder de polícia também é relativo, encontrando seu principal limite nas liberdades públicas, nas faculdades de autodeterminação individuais ou coletivas. Destarte, a coexistência entre *liberdade individual* e *poder de polícia* repousa na harmonia entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. E, citando Caio Tácito, afirma: “O *exercício do poder de polícia* pressupõe, inicialmente, autorização legal explícita ou implícita, que outorgue a determinado órgão ou agente administrativo a faculdade de agir”.<sup>31</sup>

Diogenes Gasparini aduz que, mesmo a pretexto do exercício do poder de polícia, não se pode aniquilar os direitos fundamentais, reconhecidos a favor dos administrados.<sup>32</sup> José dos Santos Carvalho Filho entende que o poder restritivo da Administração fica numa linha demarcada pela intangibilidade dos direitos fundamentais, de tal modo que agir além dela representa arbítrio e abuso de Poder.<sup>33</sup>

Henrique de Carvalho Simas orienta que os atos do *poder de polícia* necessitam de autorização legislativa para que determinado órgão ou agente do governo tenha a faculdade de praticá-los. Em seguida, faz menção à *polícia de profissões*, consistente na fiscalização de atividades profissionais, no sentido de proteger os usuários de serviços irregularmente prestados: médicos, dentistas, farmacêuticos, advogados, psicólogos etc. têm suas atividades liberais reguladas e controladas por leis federais.<sup>34</sup>

Há, no particular, uma certa dicotomia e um razoável avanço entre a doutrina expressada pelos administrativistas e a oriunda dos direitos fundamentais. A primeira enfatiza a Administração Pública e seus poderes, dentre os quais o de polícia; a segunda, põe em relevo os direitos fundamentais, restringindo os poderes da Administração Pública. Na dicotomia, a solução está no Direito Constitucional, por aplicação dos primados da hermenêutica constitucional. E, de antemão, já se sabe que ditos primados se inspiram na contribuição das teorias de direitos fundamentais, até mesmo porque a

---

<sup>30</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 133.

<sup>31</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 541 e 542-543.

<sup>32</sup> GASPARINI, Diogenes. 12ª ed. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 133.

<sup>33</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 77.

<sup>34</sup> SIMAS, Henrique de Carvalho. *Manual Elementar de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 313 e 317.



Constituição se ergue em ditos direitos. Isto já leva o intérprete a compreender e antecipar em favor de quem a Constituição se inclina.

No setor público, algumas Constituições e Leis Complementares têm, historicamente, limitado a liberdade de trabalho para os exercentes de altos cargos da Administração (Ministério Público, Procuradores autárquicos...), para impedir, por exemplo, a concomitância da advocacia. Mas ditas restrições são razoáveis e acompanhadas de regimes jurídicos que apresentam vantagens aos **optantes** pelo novo plano de cargos e salários. São alterações imprimidas pela Constituição ou por normas especiais e que possibilitam aos interessados optarem entre as condições antigas e as novas – uma imposição condicionada.

A norma da CAPES, aqui tão comentada, utiliza-se do modelo *preventivo* de polícia administrativa; e, em sua concretização, na avaliação dos Programas de Pós-Graduação *lato sensu* existentes, do controle *repressivo*, como ato de fiscalização.

## 6. A limitação feita pela CAPES

A CAPES tem atuação no setor da educação, máxime da Educação Superior, apesar do acréscimo feito pela Lei nº 11.502/2007 à Lei nº 8.405/1992. Logo, deve se restringir a este campo (o ensino, formação de profissionais para o magistério, acompanhamento dos cursos de Pós-Graduação *stricto sensu*). Contudo, quando estabeleceu condições para o funcionamento regular dos Programas de Mestrado e Doutorado, acabou invadindo áreas que não lhe pertencem. Agrediu um direito fundamental precioso (a liberdade de trabalhar), atingindo a atividade dos professores, confinando-a. Com efeito, limitou o número de contratos de trabalho que os professores possam ter. Deste modo, invadiu as esferas pública e privada, sem atentar para o fato de que certas limitações aplicáveis aos servidores públicos (sobretudo estatutários) não podem ser estendidas aos trabalhadores da iniciativa privada em geral.

O espaço privado, onde se travam atividades econômicas e contratos de trabalho em geral, não pode ser invadido pelo Estado senão mediante lei. Não qualquer lei. Mas lei em sentido formal e material, que seja escudada nos primados da razoabilidade, da ponderação e da proporcionalidade. A intervenção do Estado no domínio econômico, como é sabido, é bastante restrita no modelo adotado por países como o Brasil.

A ruptura a este modelo, da intervenção e a interferência apenas excepcionais pelo Estado, só é permitida através de órgão dotado de larga legitimidade. Daí, a exigência de que o seja por meio de lei, cujo autor é o legislativo, instituição democrática eleita pelo povo. Mesmo que a lei diretamente não promova a interferência ou (mais excepcional ainda) a intervenção, há a necessidade de que ela autorize expressamente outro órgão do Estado a fazê-lo, delimitando competências, procedimentos, oportunidades e modulações próprias.

No setor público, existe o **regime de Dedicção Exclusiva (DE)**, modalidade de vínculo do professor (e, eventualmente, de outros servidores públicos) com a Administração Pública.<sup>35</sup> Mas isto só é permitido por meio de **lei** própria. Um regime, aliás, em franca decadência. Porém, apesar disso, a lei, ao estabelecer a **exclusividade** do professor, disponibiliza a ele outros direitos, diferenciando-o dos demais, como forma de compensação pela restrição, destacando-se a existência de gratificação ou incentivo próprio.

À guisa de ilustração, veja-se:

**No plano federal**, o Decreto nº 94.664, de 23/07/87, regulamentando fértil legislação anterior, estabeleceu a vedação à realização de outras atividades de caráter não esporádico pelos docentes que atuam naquelas instituições em regime de **dedicção exclusiva**, devendo essa vedação alcançar inclusive a prestação de serviços, remunerados ou não, para as fundações de apoio àquelas instituições (art. 14), entendimento este fartamente respaldado pelo Tribunal de Contas da União. O art. 4º da **Lei nº 8.958, de 20/12/94**, manteve a **mesma proibição**. O art. 31 do citado Dec. 94.664/87 estabeleceu que os professores em regime de Dedicção Exclusiva teriam acréscimo de 50% do salário básico (40h), o que veio atender à Lei nº 7.814, de 08.09.1989. Depois, a Lei nº 11.344, de 08/09/2006, estabeleceu, na mesma linha, referindo-se ao regime de Dedicção Exclusiva:

“Art. 7º. Os valores de vencimento básico da Carreira de Magistério Superior passam a ser os constantes do Anexo IV desta Lei, produzindo efeitos a partir de 1º de maio de 2006.

Parágrafo único. Os padrões de vencimento básico do regime de dedicção exclusiva constantes do Anexo IV desta Lei correspondem ao do regime de 40 (quarenta) horas semanais acrescidos de 55% (cinquenta e cinco por cento)”.

Enfim, as Universidades Federais adotaram a linha de estabelecerem gratificação compensatória para os docentes com Dedicção Exclusiva (DE).

O exemplo federal foi seguido por vários Estados e Municípios, de que se colhem:

1. No Paraná, a Lei nº 11.713, de 07/05/97, prevê acréscimo salarial de 50% sobre o vencimento básico do professor com regime de 40h/a (art. 17), para quem for DE;
2. A Lei nº 940, DE 17/10/1995, do Distrito Federal, criou a parcela autônoma de 25% sobre os vencimentos para o professor sob Dedicção Exclusiva. Este tirocínio foi mantido na Lei nº 3.318/04-DF;
3. Em Goiás, a Lei nº 13.842, de 01/06/2001, previu gratificação de 50% sobre os vencimentos básicos, para os professores sob Dedicção Exclusiva (art. 24);
4. No Mato Grosso do Sul, foi editada, em 02/08/2000, a Lei nº 2.129/00, estabelecendo gratificação de 30% sobre o vencimento básico para os servidores com Dedicção Exclusiva (art. 17);

---

<sup>35</sup> O regime de Dedicção Exclusiva impõe ao servidor dedicção integral à administração pública para a qual labora, vedando a ele o exercício de qualquer outro cargo ou emprego público ou privado, ressalvadas a participação em colegiados da própria entidade.

5. No Maranhão, a Lei nº 8.592, de 27/04/2007, também prevê gratificação aos servidores com Dedicção Exclusiva, diferenciando-o dos demais;
6. No Pará, aos Procuradores do Estado em regime de Dedicção Exclusiva o adicional é de 100% (art. 32, Lei Complementar nº 41, de 29/08/2002);
7. A opção adotada pelo Estado de Tocantins, através da Lei nº 1.316, de 04/04/2002, foi o de fixar gratificação em valor fixo, mas importando em percentual significativo sobre o regime dos servidores que não são Dedicção Exclusiva;
8. Este modelo foi seguido pelo Estado do Piauí, cuja tabela de valores demonstra que os servidores com Dedicção Exclusiva percebem o dobro dos vencimentos dos demais (Lei Complementar nº 61, de 20/12/2005).

Estes casos, extraídos por amostragem, evidenciam que a liberdade de trabalho tem sido excepcionalmente restringida no Brasil, mas através de **lei** própria e mediante **compensação** remuneratória, além de se limitar a estabelecer **regime de trabalho no âmbito do setor público**, e não do setor privado.<sup>36</sup>

E a CAPES, ao criar o seu modelo particular de exclusividade, o que assegura aos professores, como compensação por não poderem se vincular a outros Programas de Mestrado ou Doutorado? Nada, infelizmente.

A idéia primordial da CAPES é de que, no plano das Pós-Graduações *stricto sensu*, o professor só pode estar vinculado a um único Programa. Contudo, excepcionalmente, permite que uma cota mínima, fixada pelas Grandes Áreas, possa se vincular a mais de uma; e vende a imagem de que isto é uma benevolência do sistema. Na verdade, tem-se aí uma radical inversão da liberdade de trabalho, pois a citada restrição é que deve ser a regra: a possibilidade ampla do trabalho do professor.

Não soa legítimo que um grupo de pessoas, que por vezes nem são funcionários de carreira do MEC e, também, da CAPES ou da estrutura do Estado (senão provisoriamente ou que prestem um simples múnus público efêmero), que não compõem carreiras de atividade-fim do Estado, um colegiado representativo de um setor muito específico da educação superior, limite o direito fundamental ao trabalho, genericamente, afetando a iniciativa privada, o direito contratual, a atuação das entidades de ensino, que deve ser, a princípio, livre na escolha de seus profissionais, professores e funcionários.

Há uma impressão de que a CAPES se sente de certo modo impotente para acompanhar e assegurar a qualidade dos Mestrados e Doutorados do país, frente às IES. Então, investe contra a liberdade de trabalho; ou seja, atinge o trabalhador, quando seu alvo deveria ser as Instituições de Ensino, através de outros critérios e medidores de qualidade. Aliás, as IES brasileiras não valorizam como deveriam os professores e cientistas a elas vinculados com exclusividade. Isto faz com que ditos profissionais procurem outras fontes de subsistência, sem prejuízo da sua capacidade laborativa. Quem produz, produz; esteja o intelectual

<sup>36</sup> Exceção há no Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94, art. 20), que autoriza ao advogado jornada de 4h/diárias (20h/semanais), salvo acordo ou convenção coletiva de trabalho ou se o advogado for contratado em regime de dedicação exclusiva (Vide TST/SBDI-1, E-RR 369989/1997, Min. Rider de Brito, j. 14/08/2003). Além da restrição ser estabelecida por lei, o Estatuto da OAB apresenta várias diferenciações compensatórias, como horas extras de 100%, jornada noturna a partir das 20h, com adicional de 25% etc.

vinculado a uma ou mais Instituições. Quem não produz ou não tem o compromisso científico não mudará seu perfil estando em uma única IES. O pesquisador que se preza jamais emprestaria seu nome artificialmente, comprometendo sua reputação. Logo, a exigência da CAPES só prejudica o trabalhador, pois as IES pouco são afetadas.<sup>37</sup>

Sabe-se que, no passado, alguns professores “emprestavam” seus nomes a vários Programas de Mestrado e Doutorado, sem que se vinculassem, efetivamente, a nenhum deles ou, na realidade, só tinham real compromisso com um ou dois. A pretensão da CAPES foi acabar com este tipo de falsete, primando pelo mérito. Terá conseguido? Bem, ficou nas mãos de poucos privilegiados a possibilidade de circular em vários Programas, sobretudo nos bastidores. O objetivo, portanto, não foi atingido como se esperava.

Continuemos na linha de que a CAPES pretendeu lograr exclusividade do professor a um único Programa de Mestrado/Doutorado para efeitos de melhor dedicação ao Curso e, assim, obter melhor qualidade. Ora, existe aí uma falha: a exclusividade criada se limita ao âmbito da Pós-Graduação *stricto sensu*, o que permite ao professor ter várias outras atribuições, desde que dentro de um limite razoável de regime de trabalho semanal. Realidade que os órgãos de fiscalização do setor educacional analisam ainda *mui subjetivamente*. Bem, o certo é que estas “outras atividades” (cargos e funções públicas, empregos em geral, trabalhos autônomos – de médicos, advogados, engenheiros, consultores de implantação e funcionamento de Mestrados e Doutorados...), inclusive magistério em graduações, consomem tempo, da mesma forma como se o professor as exercesse em outro Programa de Mestrado/Doutorado. Então, não é razoável que ele só não possa dedicar seu tempo e força de trabalho justamente a novo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu*, mas possa utilizá-los em quaisquer outras atividades. Ora, o tempo continua o mesmo, ele não muda de acordo com a atividade; os dias têm a mesma duração, as semanas, os meses, os anos...

Esta limitação do campo de atuação do trabalho, impedindo que o professor desenvolva sua atividade profissional onde queira, soa inconstitucional, pois tolhe o trabalhador da liberdade de desenvolver a labuta nos diversos ramos para os quais esteja tecnicamente apto e nos setores que o mundo do trabalho ou o mercado de emprego licitamente lhe oferece. Mas, dentro do tempo que o professor dispõe para trabalhar, não pode dedicá-lo todo aos Mestrados/Doutorados. É a esta conclusão que as normas da CAPES levam. Dentro do seu meritoso trabalho, reconhecido nacionalmente, e da sua favorável preocupação com a qualidade das PGs *stricto sensu*, infelizmente lhe escapou, por involuntário descuido, esta inconstitucionalidade.

Uma indagação que não cala é: qual era, aproximadamente, o percentual de professores que pertenciam a vários Mestrados e Doutorados? Este levantamento não foi feito empiricamente pela CAPES, que acabou se baseando em concepções genéricas: “eram muitos”, ou “eram demais”, ou, ainda, “o

---

<sup>37</sup> Com pessoas obtendo facilmente Diplomas de Doutorado em certas instituições (principalmente no exterior), até em Programas de férias, a mão-de-obra tende a baratear no Brasil. A oferta de Doutores (alguns sem conteúdo e nível próprios, que só reproduzem, e nada produzem nem criam) leva à redução da oferta salarial. Cumpre-se a formalidade da CAPES, mas sem essência, ao contratá-los.

número apresentava uma quantidade elevada”. Mas números exatos, precisos, não se tinha. Arrisco, com a mesma base científica da CAPES (a observação e o raciocínio) que este número girava em torno de 5% dos professores de Mestrados e Doutorados, pois somente os mais afamados, melhor titulados, com maior produção acadêmico-científica, é que se davam ao luxo de pertencerem a vários Programas ao mesmo tempo. Embora, *ad argumentandum tantum*, fossem mais (uns 10% ou 15% da massa dos docentes de Pós-Graduação *stricto sensu*), nestas condições, a medida genérica vedativa não encontra lastro que a fundamente. Tais números permitem que o controle seja realizado caso a caso, verificando se o nome do professor é meramente fictício, se ele não se vincula efetivamente ao Programa, ou se ele possui capacidade laborativa hercúlea e disciplina, de modo que possa contribuir, de fato, simultaneamente, para vários Mestrados e Doutorados. Deste modo, o controle passa a ser tóxico, punindo-se a Instituição de Ensino Superior, a principal interessada nessa atividade e responsável pelo funcionamento adequado do Programa, pelas informações falsas e uso anti-ético (senão ilícito) do nome do professor.

Em um Estado de Direito, não afigura, a princípio, que os órgãos administrativos, por instrumentos meramente administrativos, imponham limitação à liberdade de trabalho, um direito fundamental da mais alta relevância, o primeiro dentre os direitos sociais, a base estrutural de toda a produção laboral de um país. Somente a lei pode fazê-lo. É a reserva do legislador, que não pode ser delegada a nenhum outro órgão. Aliás, no caso não há, sequer, dita delegação, porquanto inexistente lei que a preveja.

O parágrafo único do art. 170, CF, reza que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que a necessidade de autorização pelos órgãos públicos depende de lei, pois o princípio é o da liberdade da atividade econômica, que é assegurado a todos. O legislador não pode fugir do arcabouço básico estabelecido pelo constituinte. Por isto, não recebe autorização constitucional genérica para, através de simples lei, modificar a base ou as pilastras da ordem econômica,<sup>38</sup> que são fundadas na livre iniciativa, na valorização do trabalho humano e em princípios de justiça social.

A limitação feita pela CAPES acarretou a seguinte consequência: 80% do corpo de professores permanentes não podem lecionar em mais de um Programa; mas 20% podem. Isto fere a igualdade de tratamento, cria privilégio a uma minoria. Quem serão esses 20%? Os mais afamados, mais informados do funcionamento da CAPES, mais “chegados” a tal ou qual grupo...?

E como fica o direito de ensinar? Sim, dentro da liberdade do sistema educacional também se sobressai este direito, ao lado da liberdade de cátedra. Veja-se: o professor possui todos os requisitos para lecionar em Programas de Mestrado e Doutorado, tem produção científica, vive da academia (alguns sobrevivem única e exclusivamente da atividade de ensino), mas só podem se vincular a um único Programa, salvo se fizerem parte do percentual excepcional

---

<sup>38</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 386-388.

e, ainda assim, desde que pertença, no máximo, a dois Programas. Bem, é danoso para o professor, considerando os baixos salários pagos pelas Instituições de Ensino no Brasil. Cerceia a possibilidade de ter outros contratos de trabalho, que possam ajudar na renda familiar. Em países da Europa, o professor pode se vincular a um único Programa a uma só IES, porque lá ele é bem remunerado, ganha o suficiente para viver com dignidade e respeito, além de ter tempo efetivo para suas pesquisas. Mas, aqui no Brasil, a realidade é outra. Não dá para se fazer o mesmo raciocínio nem aplicar as mesmas práticas, quando as realidades são distintas.

Quando o professor se vincula a uma só IES, o mercado se fecha para ele, de modo que, ao terminar o contrato de trabalho, não será mais absorvido, pois a retaliação da concorrência virá certa e incontida. No Nordeste, em que há monopólio na educação superior e a mentalidade concorrencial prejudica o professor dedicado, é assim que as IES se comportam, porquanto ainda há muito de pessoalidade neste tipo de relação. Portanto, a restrição da CAPES é danosa e ofende a liberdade de trabalho do professor, que se verá prejudicado pelo mercado profissional.

E quanto o mercado remunera ao professor sob regime de 40h, com exclusividade? Será o suficiente para ele sobreviver bem? Ora, a **exclusividade** não é requisito contratual. Não faz parte dos pressupostos nem dos requisitos do contrato individual do trabalho. Estes requisitos estão estabelecidos em **lei** própria, na **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, arts. 2º e 3º)**: pessoalidade na prestação do trabalho, habitualidade, onerosidade, pessoa física, subordinação e alteridade (os riscos do empreendimento correm por conta do tomador do serviço, do empregador). Então, só por lei um outro elemento pode ser criado como requisito do emprego, mesmo que excepcional. Apenas através de lei o emprego pode sofrer restrição.<sup>39</sup>

Isto significa, também, que toda a produção acadêmica do professor só pode ser beneficiada por uma única Instituição de Educação Superior, em nível de Pós-Graduação *stricto sensu*. Ora, a produção acadêmica é de todos, é da sociedade, é do mundo. Não há porque amarrá-la a uma IES, como se esta fosse a dona da produção do professor. Esta produção deve ser contada para quem o professor mantiver contrato de trabalho, sejam quantos Programas forem.

Esta restrição, feita pela CAPES, desvaloriza o professor, pois transfere à IES o fruto de sua produção, de tal modo que ele não pode se utilizar da sua própria produção para outras IES. E se o professor estiver vinculado a dois Programas de Mestrado/Doutorado (na cota permitida: 20%, para o Direito) deverá escolher a qual deles sua produção deverá ser destinada ou dividi-la igualmente, para efeitos de avaliação e pontuação pela CAPES. Esta situação incômoda deixa o professor em uma posição difícil, pois o submete a constantes opções entre Programas enciumados, interessados na produção dos seus cientistas. O *ping-pong* na indicação da produção derruba-a pela metade, comprometendo o interesse da IES pelo professor, que tenderá a trabalhar

---

<sup>39</sup> Dentro da liberdade contratual e desde que não importe em impedimento definitivo à liberdade de trabalho, observados requisitos cuja apreciação foge ao presente estudo, a exclusividade pode ser fixada no contrato individual de trabalho, mediante acordo mútuo entre empregado e empregador, havendo alguma compensação ao obreiro pela limitação sofrida.

dobrado e com menos qualidade. À mesma conclusão se chega quando sua produção é computada pela metade, a fim de satisfazer a ambos os Programas.

Ademais, se o professor pode estar em até dois Programas (dentro da cota fixada pela Grande Área), mas cada um item de sua produção só pode contar para um deles, então a CAPES está permitindo o seu trabalho pela metade. Afinal, o fruto do trabalho não pode ser destacado de seu autor.

Badala estranho que, num ambiente de liberdades, como deve ser o mundo acadêmico, científico, surjam exigências restritivas, que ceifem a liberdade dos principais atores do pensamento humano: justamente o professor ou o cientista. Uma contradição incompreensível, quando se vê que, historicamente, a ciência não avança sob amarras.

## 7. Instrumentos jurídicos para combater o ato inconstitucional

Apontada a inconstitucionalidade da dita exigência restritiva da CAPES, incumbe-nos, ainda, enfrentar os instrumentos processuais básicos para combatê-la. Previamente, levantamos o caráter **normativo** da Portaria 68/2004-CAPES e do ato complementar expedido pelo representante da Grande Área (aqui enfocada a do Direito), de março/2007. São disposições normativas porque regulam atividades em abstrato, coercitivamente, com conseqüências por sua inobservância. Daí se extrai, também, a sua natureza **vinculativa**, posto imperativa, a alcançar todos os professores e os Programas de Mestrado/Doutorado do país. E, por fim, não há dúvida de que referidas disposições são **públicas**, pois emanadas de organismos que compõem a estrutura estatal da União Federal.

Sabe-se que os instrumentos normativos emanados de autoridade pública, quando ofensivos à Constituição Federal, podem ser combatidos por Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no STF, pelas autoridades e órgãos legitimados constitucionalmente (art. 103, CF). No caso deste estudo, o ato normativo complexo da CAPES/Área do Direito pode ser escoimado do ordenamento jurídico por ADI. Os mais apropriados a ajuizar a ação para o controle de constitucionalidade em abstrato são o Procurador-Geral da República, os Partidos Políticos (na defesa do regime democrático), a ANDES (por ser sindicato nacional de defesa e representação dos professores), a OAB (especialmente na defesa de profissionais do Direito) e a ABMES-Associação Brasileira de Mantenedoras do Ensino Superior (na defesa das IES).

Uma outra medida plausível é a Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho, na qual se almeje assegurar a liberdade de trabalhar dos professores, genericamente. Nesta caso, é permitido o controle difuso de constitucionalidade, incidentalmente à ACP, embora haja uma abstratividade na declaração judicial. É que o objeto da ação será a **liberdade de trabalho** e não, propriamente, o controle de constitucionalidade *erga omnes*. Este último aspecto entra na apreciação da demanda coletiva apenas como incidente indispensável à análise do seu mérito. Por se tratar de relação de trabalho

(interesse difuso), é competente a Justiça do Trabalho, mais especificamente uma das Varas do Trabalho de Brasília-DF, conforme pacificou o TST, ao interpretar o art. 16, da Lei nº 7.347/85, e o art. 93, da Lei nº 8.078/90 (Cód. Defesa do Consumidor).<sup>40</sup> Figurará como parte demandada a CAPES, considerando que, sendo fundação pública, possui personalidade jurídica própria, cabendo-lhe responder, ainda, pelo ato dos organismos a ela vinculados (as Grandes Áreas, por exemplo, especialmente em face do caráter complementar de seu ato normativo).

Em situações concretas, fica difícil a impetração de Mandado de Segurança, pela IES ou pelo professor interessados, ante o descabimento desta medida contra lei em tese (Súmula 266-STF). Mas nada impede o ajuizamento de ações ordinárias por estes legitimados, em face da CAPES, perante:

- a) a Justiça Federal, quando a demanda for ajuizada pela IES contra a CAPES (fundação federal), pois a liberdade de trabalho será tema meramente reflexo, secundário. Visa-se, aí, o direito educacional, o funcionamento do Programa em si;
- b) a Justiça do Trabalho, em sendo ajuizada pelo trabalhador/professor em face da CAPES, porquanto a causa de pedir imediata será a liberdade de trabalhar. Reivindica-se um direito constitucional, o do trabalho.

O ajuizamento de outras ações para defender estes direitos depende da causa de pedir e do pedido formulado, o que é importante para efeitos de competência, legitimação e outros elementos de técnica processual.

## 8. Conclusões

À guisa de conclusão, assentam-se, aqui, nossas primeiras impressões sobre a restrição possibilitada pela CAPES e fixada pelas Grandes Áreas de percentual de professores a se vincularem a mais de um Programa de Pós-Graduação *stricto sensu*. A Área do Direito fixou-o em 20% do corpo permanente de professores, condicionando a permissão excepcional a um único segundo Programa.

Não se duvida da seriedade da CAPES e de seus organismos nem tampouco da sua pretensão moralizadora, primando pela qualidade dos Mestrados e Doutorados do país. Contudo, compreende-se que, por sua formação complexa, possuindo integrantes de diversas áreas do conhecimento (Física, Química, Sociologia, Educação, Medicina, Direito etc.), algumas questões legais possam lhe escapar involuntariamente.

---

<sup>40</sup> A competência territorial para julgar ação civil pública na defesa de interesse supra-regional ou nacional é de uma das Varas do Trabalho do Distrito Federal, por aplicação analógica do art. 93 do Cód. Defesa do Consumidor: SBDI-2, Orientação Jurisprudencial nº 130; cfr. tb. TST, SDI-2, CC 170.061/2006, Min. Renato de Lacerda Paiva, j. 15/02/2007.



Na questão ora veiculada, tem-se que, no afã de moralizar as PGs, a CAPES/Grandes Áreas extravazaram na boa intenção, olvidando outros mecanismos e ofendendo um direito fundamental do trabalhador/professor. Dentro do seu meritoso trabalho, reconhecido nacionalmente, e da sua elogiosa preocupação com a qualidade das PGs *stricto sensu*, infelizmente lhe escapou, por involuntário descuido, esta inconstitucionalidade. De fato, a restrição feita por dita Fundação e seus órgãos à liberdade de trabalho cria um modelo peculiar de dedicação semi-exclusiva ao professor que leciona em Pós-Graduação *stricto sensu*.

Estampou-se um formalismo rígido, mas sem o resultado prático pretendido. E se maculou um direito fundamental, por meio de normas que não são leis.

Em tema realmente pioneiro, são estas nossas considerações, que aguardamos o amadurecimento para confirmá-las, adaptá-las ou aperfeiçoá-las. Mas, no geral, em sua essência, dificilmente teremos nossa convicção abalada.

### **Referências Bibliográficas**

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *CRP – Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 1.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1988, tomo IV.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais – uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e Direito Privado: Breves Notas sobre Alguns Aspectos da Possível Eficácia dos Direitos Sociais nas Relações entre Particulares”. In *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao*

*Professor Ricardo Lobo Torres.* SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 551-602.

SIMAS, Henrique de Carvalho. *Manual Elementar de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.